

Thèse de doctorat en droit public

**LA PROTECTION NON JURIDICTIONNELLE DES DROITS
FONDAMENTAUX EN DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARE**

L'EXEMPLE DE L'OMBUDSMAN SPECIALISE PORTUGAIS, ESPAGNOL ET FRANÇAIS

Présentée et soutenue publiquement par
Dimitri LÖHRER

Sous la direction de
Monsieur le Professeur **Olivier LECUCQ**

Membres du jury

Monsieur Luís AGUIAR DE LUQUE,
Professor Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, rapporteur

Monsieur Pierre BON,
Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Monsieur Denys DE BECHILLON,
Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Monsieur Olivier LECUCQ,
Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Monsieur Jorge MIRANDA,
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Monsieur Didier RIBES,
Maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur

Soutenue à Pau, le 5 juin 2013

A la mémoire de mes grands-parents,

A ma grand-mère,

A mes parents, Véronique et Jean-Marc

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements à Monsieur le professeur Olivier Lecucq, pour m'avoir accordé sa confiance, pour sa patience et ses précieux conseils, ainsi que pour l'attention toute particulière dont il a fait preuve à mon égard tout au long de cette recherche. Qu'il reçoive ici l'expression de ma plus profonde gratitude.

Je veux profiter de ces quelques lignes pour remercier Monsieur le Défenseur du Peuple, Enrique Múgica Herzog, ainsi que Monsieur Francisco Vírveda Barca sous l'autorité desquels j'ai pu réaliser un stage de deux semaines au sein de l'institution du Défenseur du Peuple espagnol.

Je tiens également à remercier Monsieur le Secrétaire général du Défenseur des droits français, Richard Senghor, pour m'avoir accordé un entretien au sujet de l'institution nouvellement mise en place.

Une pensée va vers ma famille, mes amis et à tous ceux qui ont partagé à un moment ou à un autre et de diverses manières ces quatre années. Leur présence et leur soutien sans faille m'ont aidé plus qu'ils ne peuvent le penser.

"L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur"

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|------------------------------|--|
| a. : | autres |
| <i>A.F.D.C.</i> : | <i>Association française de droit constitutionnel</i> |
| <i>A.I.J.C.</i> : | <i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i> |
| <i>A.J.D.A.</i> : | <i>L'Actualité juridique – Droit administratif</i> |
| <i>A.J.D.I.</i> : | <i>L'Actualité juridique – Droit immobilier</i> |
| <i>A.P.D.</i> : | <i>Archives de philosophie du droit</i> |
| aff. : | <i>affaire</i> |
| <i>Ann. fac. droit</i> : | <i>Annales de la faculté de droit</i> |
| art. : | article(s) |
| <i>B.I.M.J.</i> : | <i>Boletín de información del Ministerio de Justicia</i> |
| <i>B.O.C.</i> : | <i>Boletín oficial de las Cortes Generales</i> |
| <i>B.O.E.</i> : | <i>Boletín oficial del Estado</i> |
| <i>B.O.M.J.</i> : | <i>Bulletin officiel du ministère de la justice</i> |
| Bull. civ. : | Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation |
| <i>Bull. euro. et int.</i> : | <i>Bulletin européen et international</i> |
| c. : | contre |
| <i>C.D.E.</i> : | <i>Cahiers de droit européen</i> |
| C.E. Ass. : | Conseil d'Etat, arrêt d'assemblée |
| C.E. Sect. : | Conseil d'Etat, arrêt de section |
| C.E. : | Conseil d'Etat |
| C.E.D.H. : | Cour européenne des droits de l'homme |
| C.J.C.E. : | Cour de justice des Communautés européennes |
| <i>C.J.E.G.</i> : | <i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i> |
| C.J.U.E. : | Cour de justice de l'Union européenne |
| C.N.C.D.H. : | Commission nationale consultative des droits de l'homme |
| <i>C.P.D.H.</i> : | <i>Combats pour les droits de l'homme</i> |
| <i>C.R.D.F.</i> : | <i>Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux</i> |
| C.R.E.D.O.F. : | Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux |
| CADA : | Commission d'accès aux documents administratifs |
| Cass. Ass. plén. : | Cour de cassation, Assemblée plénière |
| Cass. ch. mixte : | Cour de cassation, chambre mixte |
| Cass. civ. : | Cour de cassation, chambres civiles |
| Cass. crim. : | Cour de cassation, chambre criminelle |
| Cass. soc. : | Cour de cassation, chambre sociale |
| chron. : | chronique |
| CNDS : | Commission nationale de déontologie de la sécurité |
| CNIL : | Commission nationale de l'informatique et des libertés |
| coll. : | collection |
| concl. : | conclusions |
| Cons. const. : | Décision du Conseil constitutionnel |
| Coord. : | Sous la coordination de |
| CSA : | Conseil supérieur de l'audiovisuel |
| <i>D.</i> : | <i>Recueil Dalloz</i> |
| <i>D.A.</i> : | <i>Droit administratif</i> |

| | |
|----------------------|--|
| <i>D.A.R.</i> : | <i>Diário Assembleia Republica</i> |
| <i>D.G.</i> : | <i>Diário do governo</i> |
| <i>D.R.</i> : | <i>Diário da República</i> |
| <i>Dir.</i> : | Sous la direction de |
| <i>doctr.</i> : | doctrine |
| <i>Dr. Soc.</i> : | <i>Droit social</i> |
| <i>E.D.C.E.</i> : | <i>Etudes et documents du Conseil d'Etat</i> |
| <i>éd.</i> : | édition |
| <i>en part.</i> : | en particulier |
| <i>fasc.</i> : | fascicule |
| <i>FJ</i> : | Fondement juridique |
| <i>G.D.C.C.</i> : | <i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> |
| <i>G.D.C.C.E.</i> : | <i>Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes</i> |
| <i>Gaz. Pal.</i> : | <i>Gazette du Palais</i> |
| <i>HALDE</i> : | Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité |
| <i>J.C.P. A.</i> : | <i>JurisClasseur périodique (La semaine juridique), édition Administrations et Collectivités territoriales</i> |
| <i>J.C.P. G.</i> : | <i>JurisClasseur périodique (La semaine juridique), édition générale</i> |
| <i>J.C.P. S.</i> : | <i>JurisClasseur périodique (La semaine juridique), édition social</i> |
| <i>J.O.</i> : | <i>Journal officiel</i> |
| <i>L.G.D.J.</i> : | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| <i>La Doc. fr.</i> : | La Documentation française |
| <i>n°</i> : | numéro |
| <i>not.</i> : | notamment |
| <i>obs.</i> : | observations |
| <i>op. cit.</i> : | <i>précité</i> |
| <i>Ord.</i> : | Ordonnance |
| <i>p.</i> : | page |
| <i>P.U.A.M.</i> : | Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| <i>P.U.B.</i> : | Presses universitaires de Bordeaux |
| <i>P.U.F.</i> : | Presses universitaires de France |
| <i>P.U.G.</i> : | Presses universitaires de Grenoble |
| <i>par ex.</i> : | par exemple |
| <i>pp.</i> : | pages |
| <i>R.A.</i> : | <i>Revue administrative</i> |
| <i>R.A.P.</i> : | <i>Revista de administración Pública</i> |
| <i>R.C.G.</i> : | <i>Revista de las Cortes Generales</i> |
| <i>R.D.E.S.</i> : | <i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i> |
| <i>R.D.H.</i> : | <i>Revue des droits de l'homme</i> |
| <i>R.D.P.</i> : | <i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i> |
| <i>R.D.S.S.</i> : | <i>Revue de droit sanitaire et social</i> |
| <i>R.D.T.</i> : | <i>Revue de droit du travail</i> |
| <i>R.E.A.L.A.</i> : | <i>Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica</i> |
| <i>R.E.D.A.</i> : | <i>Revista española de derecho administrativo</i> |
| <i>R.E.D.C.</i> : | <i>Revista española de derecho constitucional</i> |
| <i>R.E.D.M.</i> : | <i>Revista española de derecho militar</i> |
| <i>R.E.P.</i> : | <i>Revista de estudios políticos</i> |
| <i>R.E.T.D.</i> : | <i>Revista española de derecho del trabajo</i> |

| | |
|--------------------------|---|
| <i>R.E.V.L. :</i> | <i>Revista de estudios de la vida local</i> |
| <i>R.F.A.P. :</i> | <i>Revue française d'administration publique</i> |
| <i>R.F.D.A. :</i> | <i>Revue française de droit administratif</i> |
| <i>R.F.D.C. :</i> | <i>Revue française de droit constitutionnel</i> |
| <i>R.G.D. :</i> | <i>Revista general del derecho</i> |
| <i>R.G.D.P. :</i> | <i>Revue générale de droit processuel</i> |
| <i>R.I.D.C. :</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>R.I.D.E. :</i> | <i>Revue internationale de droit économique</i> |
| <i>R.I.S.A. :</i> | <i>Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública</i> |
| <i>R.J. :</i> | <i>Revista Jurídica</i> |
| <i>R.J.N. :</i> | <i>Revista Jurídica de Navarra</i> |
| <i>R.J.O. :</i> | <i>Revue juridique de l'ouest</i> |
| <i>R.M.C.U.E. :</i> | <i>Revue du marché commun et de l'Union européenne</i> |
| <i>R.R.J. :</i> | <i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i> |
| <i>R.S.C. :</i> | <i>Revue de science criminelle</i> |
| <i>R.S.S.L. :</i> | <i>Revista de seguridad social y laboral</i> |
| <i>R.T.D. Civ. :</i> | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i> |
| <i>R.T.D.H. :</i> | <i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i> |
| <i>R.U.D.H. :</i> | <i>Revue universelle des droits de l'homme</i> |
| <i>R.V.A.P. :</i> | <i>Revista Vasca de administración pública</i> |
| <i>Rec. :</i> | <i>Recueil des décisions du Conseil d'Etat ; Recueil des décisions du Conseil constitutionnel ; Recueil des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (Cour de justice de l'Union européenne)</i> |
| <i>Rép. cont. adm. :</i> | <i>Répertoire du contentieux administratif Dalloz</i> |
| <i>req. :</i> | <i>requête</i> |
| <i>S. :</i> | <i>Sirey</i> |
| <i>spéc. :</i> | <i>spécialement</i> |
| <i>ss. :</i> | <i>suivant(e)s</i> |
| <i>STC :</i> | <i>Sentencia del Tribunal constitucional, décision du Tribunal constitutionnel espagnol</i> |
| <i>TGI :</i> | <i>Tribunal de grande instance</i> |
| <i>th. :</i> | <i>thèse</i> |
| <i>trad. :</i> | <i>traduction</i> |
| <i>v. :</i> | <i>voir</i> |
| <i>vol. :</i> | <i>volume</i> |

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – UNE PROTECTION INDISPENSABLE

TITRE I – L’INSUFFISANCE DU SYSTEME INSTITUTIONNEL CLASSIQUE DE GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

Chapitre 1 – Une insuffisance *a priori* surprenante

Chapitre 2 – Une insuffisance pourtant avérée

TITRE II – L’APPORT DE L’OMBUDSMAN SPECIALISE AU SYSTEME INSTITUTIONNEL DE GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

Chapitre 1 – Une institution spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux

Chapitre 2 – Une institution conçue pour compléter les mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux

SECONDE PARTIE – UNE PROTECTION RELATIVE

TITRE I – UNE CONSOLIDATION DES DROITS FONDAMENTAUX VARIABLE

Chapitre 1 – Une réussite incontestable au sein de la péninsule ibérique

Chapitre 2 – Une réussite sans doute plus mesurée en France

TITRE II – UNE CONSOLIDATION DES DROITS FONDAMENTAUX PERFECTIBLE

Chapitre 1 – Des voies de perfectionnement communes aux modèles ibérique et français de l’ombudsman

Chapitre 2 – Des voies de perfectionnement propres à chaque modèle

« Chaque pays, à un instant donné, a l'ombudsman qu'il mérite »

Michel le Clainche

INTRODUCTION

1. « *La persuasion à mon sens est beaucoup plus efficace que n'importe quelle procédure autoritaire* »¹. A l'évidence, l'affirmation de Pierre-Gilles de Gennes, Prix Nobel de physique 1991, ne manque pas de surprendre. Contrairement à un acte d'autorité dont le propre est d'imposer, par voie de commandement, une volonté à autrui, l'acte de persuasion, parce qu'il consiste à obtenir quelque chose du persuadé sans recours à la contrainte, laisse, en effet, celui-ci libre de suivre la conduite préconisée et, par conséquent, encourt le risque permanent de demeurer sans effet. Surprenante, l'affirmation l'est d'autant plus dans le cadre d'une étude juridique, *a fortiori* lorsque celle-ci a trait aux droits fondamentaux. Ainsi que le rappelle le professeur Bénédicte Delaunay, les droits fondamentaux, selon la doctrine allemande, « *doivent être protégés par un système de recours à procédure contentieuse susceptibles d'aboutir à des sanctions* »². Aussi leur effectivité est-elle généralement associée à la protection offerte par les organes juridictionnels, dont la spécificité est de prononcer des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée s'imposant à leurs destinataires.

2. L'engouement contemporain pour les voies non juridictionnelles de garantie, notamment dans le domaine des droits fondamentaux, impose pourtant de nuancer sensiblement le propos. Privilégiant le recours à des mécanismes incitatifs de direction des conduites pour remplir leur office, les instances de garantie non juridictionnelle se proposent effectivement de garantir l'effectivité des droits et libertés par la voie du dialogue et de la persuasion, c'est-à-dire en dehors de tout pouvoir coercitif. A ce titre, leur développement attesterait d'une insuffisance de la protection juridictionnelle dont le caractère juridiquement contraignant ne saurait être aussi efficace qu'une première approche peut le laisser penser. En ce sens que la protection offerte par le juge, aussi indispensable soit-elle, ne permettrait pas toujours, compte tenu, notamment, de son manque de souplesse, de garantir une protection optimale des droits fondamentaux et, par conséquent, justifierait l'instauration d'organes de garantie destinés à défendre les droits et libertés par le biais de moyens incitatifs. En mesure de combler certaines carences affectant les traditionnelles voies de recours, de tels organes

¹ P.-G. de Gennes, « La persuasion vaut mieux que toutes les procédures », *L'Expansion management review*, Groupe expansion, Paris, décembre 1996, p. 102.

² B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*. Actes du colloque organisé les 10 et 11 juin 2010 par l'Association française pour la recherche de droit administratif au Pôle universitaire de gestion de l'université de Bordeaux, 2011, Litec, Paris, p. 211.

favoriseraient, en somme, l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits et libertés complet et, partant, attesteraient du caractère incontournable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux au sein de nos systèmes juridiques contemporains.

3. Or, parmi ces différents organes, la figure de l'ombudsman spécialisé se présente incontestablement, à ce jour, comme la forme de protection non juridictionnelle des droits et libertés la plus aboutie. Spécialement aménagée pour assurer la défense des droits fondamentaux, cette institution, dont les modalités d'intervention procèdent d'une philosophie sensiblement différente de celle des autres instances, spécialement juridictionnelles, de garantie, se propose, en effet, de répondre à des besoins que ces dernières ne sauraient satisfaire. Aussi convient-il de se féliciter de la récente introduction du Défenseur des droits au sein du système juridique français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³. Témoignant d'un regain d'actualité et d'intérêt pour cette forme de protection, la mise en place d'un Défenseur des droits à compétence générale, en lieu et place d'un certain nombre d'autorités administratives indépendantes disposant d'une seule compétence sectorielle, n'est certes pas du goût de tout le monde. Elle n'en procède pas moins d'une volonté du constituant de consolider le système institutionnel de garantie des droits et libertés. Dans ces conditions, le choix de privilégier le modèle de l'ombudsman spécialisé en vue de rendre compte du caractère actuellement incontournable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux s'impose sans trop d'hésitation.

4. Evidemment, le Défenseur français, en tant qu'institution émergente qui n'en est qu'à ses balbutiements, n'offre pas un recul suffisant pour dégager des enseignements généraux au sujet de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. C'est pourquoi l'apport de ce mode de garantie aux droits et libertés ne saurait véritablement être appréhendé indépendamment du recours à une démarche comparatiste. A ce titre, les exemples du *Provedor de Justiça* portugais et du Défenseur du Peuple espagnol comme objets de comparaison s'imposent, pour ainsi dire, d'eux-mêmes dès l'instant où, d'une part, le Portugal et l'Espagne se présentent comme les pays précurseurs du mouvement de spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et, d'autre part, le Défenseur des droits s'inspire expressément du modèle ibérique, spécialement espagnol, de l'*human rights ombudsman*. La préférence donnée aux exemples ibériques se trouve, de surcroît, renforcée par la raison d'être actuelle du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple. A savoir que les *ombudsmen* ibériques, s'ils répondent à un besoin historique, propre à la péninsule ibérique, d'acclimatation des valeurs de l'Etat de droit à la sortie d'une longue période de dictature, trouvent, à l'instar du Défenseur des droits, une justification contemporaine à travers l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie.

5. En somme, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux telle que proposée par l'ombudsman spécialisé, bien qu'elle ne saurait nécessairement être plus efficace que les modes de direction autoritaire des conduites, présenterait, *a minima*, l'intérêt,

³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet de modernisation des institutions de la V^e République, *J.O.* du 24 juillet 2008, p. 11890.

en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, de s'inscrire en complémentarité des dispositifs juridiquement contraignants de garantie et, ce faisant, de contribuer à la consolidation des droits et libertés consacrés par les normes de valeur supérieure.

6. Afin de poursuivre l'analyse plus avant, la recherche entreprise appelle une série d'observations liminaires nécessaires à la compréhension de son objet (§ 1). L'objet de la recherche déterminé, il conviendra d'exposer plus précisément les raisons qui justifient que l'on s'intéresse, aujourd'hui, à ce sujet (§ 2), avant d'énoncer la problématique et le plan retenus pour organiser les développements de l'étude (§ 3).

§ 1. L'objet de la recherche

7. L'objet de la recherche, d'une part, commande d'identifier la notion de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux telle qu'elle sera entendue dans le cadre de cette étude (A), d'autre part, requiert quelques développements concernant la volonté de rendre compte de cette forme de protection par le biais d'une démarche comparatiste (B).

A. La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux

8. Le concept de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux appelle une série de précisions, tout d'abord, quant à l'expression « droits fondamentaux » (1), ensuite, au sujet de la notion de « protection non juridictionnelle » (2), enfin, vis-à-vis des contours de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux (3).

1. La notion de « droits fondamentaux »

9. Relativement récente (a), l'expression « droits fondamentaux », désormais préférée à celle de « libertés publiques » par de nombreux auteurs, suscite l'hésitation lorsqu'elle demande à être expliquée. Outre que le recours au label « droit fondamental », en France à tout le moins, n'emporte pas toujours l'adhésion⁴, l'ambiguïté de la notion de « droits fondamentaux » se révèle effectivement propice à l'émergence d'approches doctrinales diverses et variées, parmi lesquelles se doit toutefois d'être privilégiée l'approche formelle (b).

⁴ En ce sens, le professeur Patrick Wachsmann a pu écrire, quelques années avant l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, il est vrai, que « *le droit français actuel est encore loin d'avoir atteint la "perfection" qui est ainsi suggérée, de sorte que l'étiquette "droits fondamentaux" est largement usurpée et l'est d'autant plus que ses promoteurs se refusent à assumer les conséquences que son emploi devrait comporter. Ainsi, l'entreprise doctrinale dont il s'agit ici témoigne avant tout d'une certaine arrogance française – paradoxale à plus d'un titre, puisqu'elle refoule ce que le système français a d'inachevé (le contrôle de constitutionnalité des lois), tout en omettant de souligner, voire en désapprouvant, ce qu'il a de progressiste (le contrôle de conventionnalité des lois). [...] il est pour le moins prématuré de parler de droits fondamentaux en France, à moins que cela ne soit pour indiquer le chemin qui reste à parcourir pour soutenir ce que ces termes impliquent* » (« L'importation de la notion de "droits fondamentaux" en France », *R.U.D.H.*, 2004, p. 40).

a. Une émergence récente

10. Comptant parmi les « emblèmes majeurs de la culture politico-juridique des démocraties européennes »⁵, la notion de « droits fondamentaux » n'en demeure pas moins relativement récente. Apanage des Constitutions dites modernes, cette notion d'origine allemande⁶, connaît au lendemain de la Seconde guerre mondiale un véritable succès, non seulement auprès des systèmes internationaux et régionaux de garantie des droits de la personne humaine⁷, mais également auprès des autres démocraties européennes. Expressément réceptionnée par les Constitutions espagnole et portugaise⁸, l'expression se révèle, en revanche, absente du texte constitutionnel français. Etrangère à la Constitution du 4 octobre 1958 et à son préambule⁹, l'expression n'est cependant pas ignorée par le droit positif français. A la suite d'une promotion doctrinale des expériences étrangères à partir du milieu des années 70¹⁰, la théorie des droits fondamentaux gagne, en effet, progressivement du

⁵ F. Moderne, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne », in H. Labayle et F. Sudre (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Némésis, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2000, p. 35.

⁶ Un premier emploi de l'expression peut être trouvé au sein de la section VI de la Constitution allemande du 28 mars 1849. Ce n'est toutefois qu'à l'occasion de l'adoption de la loi fondamentale du 23 mai 1949, dont les 19 premiers articles sont consacrés aux droits fondamentaux, que la notion s'enracine dans la doctrine et le système juridique allemand (pour des études approfondies sur la notion allemande de droits fondamentaux, le lecteur pourra utilement se référer à : R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 ; D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, th. dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 1996 ; O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, p. 44 ; Th. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 112, Paris, 2003 ; D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2005, pp. 46 et ss).

⁷ S'agissant des systèmes internationaux de garantie des droits et libertés, l'expression « droit fondamental » apparaît dans le préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 et à l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, en revanche, préfère l'expression de « droits de l'homme et libertés fondamentales ». A l'échelle régionale, cette dernière expression se retrouve au sein de la Convention européenne du 4 novembre 1950, tandis que la formule « droit fondamentaux » est expressément consacrée par le droit de l'Union européenne depuis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux à Nice, le 7 décembre 2000, laquelle se trouve revêtue d'une portée juridique contraignante depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du Traité de Lisbonne.

⁸ Qu'il s'agisse de l'Espagne ou du Portugal, le texte constitutionnel fait expressément référence à l'expression « droits et devoirs fondamentaux », la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 au sein de son titre premier et la Constitution portugaise du 2 avril 1976 au sein de sa première partie.

⁹ Tandis que l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence à la notion de « libertés publiques », le préambule du texte constitutionnel évoque, d'un côté, les droits de l'homme contenus dans la Déclaration de 1789 et, d'un autre côté, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes particulièrement nécessaires à notre temps par renvoi au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

¹⁰ La période est effectivement marquée par la multiplication d'études comparatistes faisant état des expériences étrangères dans le domaine des droits fondamentaux (en ce sens, v. spéc. : A. Auer, « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs*, 1987, n° 43, p. 87 ; P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in D. Maus et P. Bon (Dir.), *La nouvelle république brésilienne*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1991, p. 223 ; « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *10 ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*. Actes du Colloque de Bordeaux, 29-30 mars 1990, Editions du C.N.R.S., coll. de la maison des pays ibériques, Paris, 1991, p. 35 ; M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, p. 490). Parallèlement à ces contributions « isolées » s'ajoute l'organisation, les 19, 20 et 21 février 1981, d'un colloque international à Aix-en-Provence sur le thème de la protection des droits fondamentaux par les cours

terrain, si bien que le juge administratif¹¹ et, surtout, le Conseil constitutionnel¹² s'emparent, à la suite du législateur¹³, de la notion.

11. Commune à l'ensemble des systèmes juridiques contemporains dont les fondements reposent sur les valeurs de l'Etat de droit, la notion de « droits fondamentaux » n'en suscite pas moins la controverse. Se réalisant dans une cacophonie souvent décourageante¹⁴, la politique de dénomination des droits fondamentaux donne effectivement lieu à des définitions diverses et variées, sans véritable lien entre elles si ce n'est leur objet. Parmi les différentes acceptions des droits fondamentaux à l'œuvre, l'approche formelle peut toutefois être préférée.

b. La préférence donnée à l'approche formelle des droits fondamentaux

12. Considéré par le professeur Nicolas Molfessis comme un label incontrôlé et rebelle à toute systématisation¹⁵, le concept « droit fondamental », compte tenu « du défaut de concordance entre les "lignes de la Constitution", les "conclusions des théoriciens" et les "mots du juge" »¹⁶, se révèle, de toute évidence, particulièrement délicat à appréhender. Ainsi, le professeur Véronique Champeil-Desplats, à partir de l'exemple du système juridique français, recense quatre types de définition de l'adjectif « fondamental » dans le langage de la doctrine¹⁷, parmi lesquels il convient de privilégier l'approche formelle¹⁸.

constitutionnelles européennes (L. Favoreu (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1982).

¹¹ Dès sa décision d'Assemblée du 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, le Conseil d'Etat contrôle, conformément aux principes généraux du droit de l'extradition, le respect des droits et libertés fondamentaux de la personne humaine par le système juridique de l'Etat requérant (C.E. Ass., 26 septembre 1986, *Rec.* p. 380 ; *R.F.D.A.*, 1985, p. 183, note H. Labayle ; *A.J.*, 1984, p. 669, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac).

¹² Après une première utilisation de l'adjectif « fondamental » dans sa décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations (le Conseil constitutionnel affirme « le caractère fondamental du droit de propriété ». Cons. const., décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18, *J.O.* du 17 janvier 1982, p. 299), le Conseil constitutionnel emploie expressément la notion de « droit fondamental » lors de ses décisions en dates du 22 janvier 1990 et du 13 août 1993 relatives aux droits des étrangers (Cons. const., décision 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, *Rec.* p. 33, *J.O.* du 24 janvier 1990, p. 972 et décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 224, *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722 ; *R.F.D.C.*, 1993-15, p. 583, note L. Favoreu ; *R.F.D.A.*, 1993, p. 871, note B. Genevois ; *R.D.P.*, 1994, p. 5, note F. Luchaire).

¹³ Le législateur s'empare de la notion à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs (loi n° 82-526 du 22 juin 1982 dite Quilliot relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, *J.O.* du 23 juin 1982, p. 1967). Finalement abrogé en 1986 (loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accès à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, *J.O.* du 24 décembre 1986, p. 15531), l'article 1^{er} de ce texte qualifie de « droit fondamental » le droit à l'habitat.

¹⁴ A. Viala, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in D. Chagnollaud et G. Drago (Dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 293.

¹⁵ N. Molfessis, « Droit fondamental, un label incontrôlé », *J.C.P. G.*, 2009, n° 25, p. 58.

¹⁶ M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Collection droit et justice, Paris, 2^{ème} éd., 2008, p. 68.

¹⁷ V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (Dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 25-30 ; « la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, pp. 324-325.

¹⁸ Outre l'approche matérielle, le professeur Véronique Champeil-Desplats recense une conception structurelle, selon laquelle « les droits ou principes fondamentaux sont [...] ceux sans lesquels un système juridique, un sous-

13. Systématisée en France par l'école aixoise¹⁹ et réceptionnée par une frange non négligeable de la doctrine²⁰, l'approche formelle repose sur une « fondamentalité » hiérarchique consistant à qualifier de fondamentaux les droits et libertés justiciables inscrits dans une norme de valeur supérieure, c'est-à-dire soit dans la Constitution, soit dans les conventions internationales. Intimement liée au mouvement de constitutionnalisation et d'internationalisation des droits, une telle acception exige que les droits fondamentaux soient préservés contre toute violation en provenance, non seulement des autorités législatives et réglementaires²¹, mais également des particuliers²². Revêtus d'un rang supralégislatif et sanctionnés par un organe de contrôle, les droits fondamentaux se trouvent, ainsi, rendus indisponibles²³. En somme, la conception formelle des droits fondamentaux commande une relation à quatre termes susceptible d'être résumée comme il suit : les droits fondamentaux sont des permissions de valeur supralégislative conférant, aux personnes physiques et morales, des droits et libertés subjectifs assortis d'une garantie juridictionnelle permettant de les rendre opposables aux normes inférieures²⁴. La notion de « droits fondamentaux », entendue dans son acception formelle, se distingue ainsi de celle, longtemps privilégiée, de libertés publiques qui renvoie aux droits et libertés reconnus par le législateur et protégés contre le seul pouvoir exécutif.

14. Or, une telle acception formelle des droits fondamentaux, généralement opposée à l'approche matérielle²⁵, peut être préférée à cette dernière. En effet, bien que la conception

ystème ou un élément du système perdrait non seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement mais surtout son existence spécifique, son identité » (« la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, p. 325) et une conception commune ou comparative, où le caractère fondamental des droits et libertés est déduit des similitudes de qualification dans différents systèmes juridiques nationaux ou internationaux (*Ibid.*).

¹⁹ Sur ce point, v. en part. : L. Favoreu, (Dir.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, Paris, 15^{ème} éd., 2013, pp. 865 et ss. ; « Rapport général introductif » in L. Favoreu (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 41 ; « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.*, 1990, p. 587 ; O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in L. Favoreu (Dir.) et *alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, Paris, 6^{ème} éd., 2012, pp. 63 et ss. ; J. Pini, « Le droit à l'environnement, droit fondamental ? », Association française des constitutionnalistes, deuxième Congrès français de droit constitutionnel, Bordeaux, 1993, p. 409 ; D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, pp. 45-170.

²⁰ Pour une réception de l'approche formelle des droits fondamentaux, v. not. : V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 131, Paris, 2009, pp. 8 et ss. ; J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998, Paris ; Th. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit.*

²¹ Sur ce point, v. par ex. E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 750.

²² En ce sens, v. not. D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*

²³ M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 63.

²⁴ En ce sens, v. spéc. O. Pfersmann, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ Principalement défendue en France par le professeur Etienne Picard (« L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 6 ; « Droits fondamentaux », in D. Alland et S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F., 2003, p. 547), la conception matérielle de la « fondamentalité », de type « jusnaturaliste », postule que les droits sont fondamentaux parce qu'ils défendent des valeurs morales particulièrement importantes, indépendamment de leur reconnaissance comme tel dans le droit positif (en ce sens, v. V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », *op. cit.*, p. 26). En somme, ce qui importe, selon cette approche axiologique, n'est pas tant la place du droit ou de

matérielle de la « fondamentalité » suscite un engouement doctrinal indiscutable²⁶, deux facteurs, directement liés à l'objet de l'étude entreprise, commandent d'écarter cette conception.

15. En premier lieu, l'approche formelle demeure, dans le cadre d'une démarche comparatiste, la seule à permettre « *d'identifier les droits fondamentaux dans des contextes juridiques, notamment constitutionnels, différents* »²⁷. En ce sens que, s'il existe un « *fonds commun de droits fondamentaux matériels en Europe* »²⁸, les différents systèmes juridiques n'accordent pas nécessairement une signification identique au vocable « droit fondamental », si bien que, quand bien même les textes juridiques ou les juges nationaux établissent un catalogue de droits fondamentaux, celui-ci varie nécessairement d'un Etat à l'autre²⁹. Par conséquent, « *s'avère inappropriée, et en tout état de cause vouée à l'échec, l'entreprise qui consisterait à établir la notion à partir de l'inventaire des droits qualifiés de droits fondamentaux dans différents pays* »³⁰. Purement impossible, une telle approche des droits fondamentaux ne saurait avoir cours en droit comparé. C'est pourquoi la conception formelle, en tant qu'elle permet l'identification des droits fondamentaux en fonction de critères objectifs, transposables à des systèmes juridiques différents, s'impose.

16. En second lieu, l'action de l'ombudsman spécialisé, si elle ne saurait nécessairement se limiter à la seule défense des droits et libertés de valeur supralégislative, participe avant tout d'un mouvement de consolidation des droits consacrés à l'échelon constitutionnel et conventionnel³¹, c'est-à-dire ceux-là mêmes auxquels renvoie l'acception formelle.

la liberté considéré dans la hiérarchie des normes que son contenu. En ce sens que si les droits et libertés qualifiés de fondamentaux font généralement l'objet d'une valorisation et se trouvent, à terme, consacrés dans les normes de valeur supérieure (sur ce point, v. : V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 13 ; V. Champeil-Desplats, op. cit., p. 27), seul leur essence, à savoir la défense de valeurs inhérentes à la dignité humaine, permet de conclure ou non à leur « fondamentalité ». Ainsi, à la différence de la conception formelle des droits fondamentaux, « *un droit n'est pas fondamental parce qu'il est constitutionnel, il est constitutionnel parce qu'il est fondamental et il peut être fondamental sans être constitutionnel* » (D. Rousseau, « Droits fondamentaux », in A.-J. Arnaud (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd. refondue, 1993, p. 374).

²⁶ Arnaud Lyon-Caen et Pascal Lokiec écrivent en ce sens : « *cette acception axiologique des droits fondamentaux, qui autorise à les reconnaître indépendamment de toute consécration constitutionnelle, participe de la référence croissante des droits fondamentaux dans le discours doctrinal* » (« Propos introductifs », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (Dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, op. cit., p. 2).

²⁷ D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., p. 50.

²⁸ C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1^{ère} éd., 1995, p. 158.

²⁹ En ce sens, v. D. Ribes, op. cit., p. 47.

³⁰ *Ibid.*, p. 49. Dans un sens similaire, v. Th. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit., pp. 9 et ss.

³¹ Certes, en Espagne, la contribution du Défenseur du Peuple à la protection des droits conventionnels peut de prime abord surprendre dès lors que l'article 54 de la Constitution semble lui assigner une mission de défense des seuls droits et libertés constitutionnellement garantis (aux termes de l'article 54 « *une loi organique régleme l'institution du Défenseur du peuple comme haut commissaire des Cortès générales, désigné par celles-ci pour la défense des droits inclus dans le présent titre* »). Ce serait toutefois sans compter sur le fait que, d'une part, il existe une influence réciproque et une vertu de complémentarité évidente entre les sources internationales et les sources internes relatives aux droits fondamentaux (J. Andriantsimbazoniva, « L'enrichissement de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, vers un

17. Par conséquent, seront considérés comme fondamentaux les droits et libertés de valeur supralégislative assortis d'une garantie juridictionnelle. En somme, l'ensemble des droits et libertés inscrits dans la Constitution et dans les conventions internationales, et ce indépendamment de leur qualification comme tel par les textes de référence.

2. La notion de « protection non juridictionnelle »

18. Action ou fait de soustraire quelqu'un ou quelque chose à un danger qui pourrait lui nuire, la notion de protection, entendue dans son acception juridique, est susceptible de prendre essentiellement deux formes : juridictionnelle et non juridictionnelle. Poursuivant une mission similaire de résolution des différends en vue de rendre la justice, notamment dans le domaine des droits fondamentaux, ces deux formes de garantie ne sauraient, pour autant, se confondre. Au contraire, s'inscrivant en réaction aux insuffisances affectant la protection offerte par le juge, le concept de « protection non juridictionnelle » peut être défini de façon négative, c'est-à-dire par opposition à la fonction de juger. Les quelques propositions de définition en ce sens laissent toutefois un léger goût d'inachevé. Rarement définie par le peu d'études doctrinales consacrées aux mécanismes non juridictionnels de garantie³², la notion de « protection non juridictionnelle », lorsqu'elle fait l'objet d'un effort de conceptualisation, donne effectivement lieu à des définitions tautologiques. On songera, par exemple, à la définition proposée par le professeur Bénédicte Delaunay selon laquelle les protections non juridictionnelles constituent « *des garanties destinées à défendre des droits par des moyens non juridictionnels, c'est-à-dire en dehors de la fonction de juger des juridictions* »³³. De toute évidence, une telle définition demeure insuffisante dès lors qu'elle se garde bien de préciser ce qu'il faut entendre par « *moyens non juridictionnels* » et « *fonction de juger* ».

19. Prenant le contrepied, ne serait-ce qu'en raison de son appellation, de la protection offerte par le juge, le concept de « protection non juridictionnelle » ne saurait, en réalité, être

contrôle de fondamentalité ? », *R.F.D.A.*, 2002, p. 124) et, d'autre part, la Constitution espagnole consacre le principe d'interprétation des droits et libertés constitutionnellement garantis conformément aux conventions internationales applicables en la matière (En Espagne, l'article 10-2 de la Constitution dispose que « *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution doivent être interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne en la matière* »). Par ailleurs et surtout, le Défenseur du Peuple, à l'instar de ses homologues portugais et français, non seulement aime à rappeler que les conventions internationales de garantie des droits de l'homme constituent des sources à part entière de sa fonction de protection des droits fondamentaux, mais, de surcroît, contribue activement à la promotion de ces mêmes droits à l'échelle internationale (Sur ces questions, v. *infra*, n° 1101 et ss.). Ce faisant, les sources internationales des droits fondamentaux paraissent devoir être nécessairement comprises dans le champ de la protection offerte par le Défenseur espagnol.

³² La plupart des études sur le sujet se contentent, en effet, d'une présentation des principaux mécanismes non juridictionnels de garantie sans pour autant définir le concept de protection non juridictionnelle (en ce sens, v. not. : J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone: colloque international, 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993*, AUPELF-UREF, p. 485 ; T. Takizawa, « Les contrôles juridictionnels et non juridictionnels », *R.F.D.A.*, 1995, n° 73, p. 103 ; J. Tornos Mas, « Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos », *R.A.P.*, 1995, n° 136, p. 149).

³³ B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, p. 212.

appréhendé sans une définition préalable de la notion de juridiction³⁴. « *Est juge celui qui juge* »³⁵. Redondante, la formule du professeur Georges Wiederkehr se doit d'être explicitée. Pour ce faire, s'impose le postulat selon lequel « *le statut ne fait pas le juge* »³⁶. Bien qu'essentiel, dès l'instant où il s'attache à garantir l'indépendance et l'impartialité du juge, qualités indispensables à l'exercice de sa fonction³⁷, le statut ne saurait, en effet, constituer un critère de définition suffisant de la notion de juridiction. « *S'il en était autrement, tous les juges devraient bénéficier du même statut ou, du moins, chaque juge aurait un statut et les différents statuts du juge présenteraient d'importantes caractéristiques communes* »³⁸. Or, tel n'est pas le cas en pratique. En France, par exemple, le statut des magistrats de la Cour de cassation ou des conseillers d'Etat détonne par rapport à celui des magistrats du tribunal de commerce ou des conseillers prud'homains qui, d'une part, ne sont pas magistrats de carrière, mais des commerçants, pour les premiers, des salariés et des employeurs, pour les seconds, élus par leurs pairs, et, d'autre part, exercent leur fonction de juge à temps partiel. Le recours au statut en tant que critère de définition de la notion de juridiction se révèle d'autant moins heureux que la plupart des organes de protection non juridictionnelle présentent également des qualités d'impartialité et d'indépendance. En conséquence de quoi définir le juge en raison des éléments de son statut ne suffit pas pour distinguer la protection juridictionnelle de la protection non juridictionnelle.

20. A la vérité, la notion de juridiction ne peut être comprise qu'à l'aune de deux éléments complémentaires : d'un côté, la fonction de juger et, d'un autre côté, les pouvoirs et les obligations qui sont ceux du juge dans l'exercice de cette tâche³⁹. Il convient de préciser ces deux points.

21. Dans la mesure où « *le juge est une personne désignée comme tel pour exercer soit seul, soit en collège la fonction de juger* »⁴⁰, il apparaît, en premier lieu, indispensable de déterminer en quoi consiste la fonction de juger afin de savoir à qui l'on doit reconnaître la qualité de juge⁴¹. Définie par Carré de Malberg comme la partie de l'activité de l'Etat se proposant de dire le droit⁴², la fonction juridictionnelle consiste à trancher des litiges sur la base du droit avec autorité de la chose jugée en vue de donner au différend la solution

³⁴ Sur la notion de juridiction, le lecteur pourra utilement se référer à : R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., p. 265 ; R. Kovar, « La notion de juridiction en droit européen », in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, p. 607 ; G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1995, p. 575.

³⁵ G. Wiederkehr, op. cit., p. 577.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 579.

³⁸ *Ibid.*, p. 577.

³⁹ En ce sens, v. par ex. D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2012, pp. 16 et 18.

⁴⁰ G. Wiederkehr, op. cit., p. 575.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 575-576.

⁴² Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, rapporté par M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 32, Paris, 1968, p. 27.

juridique qu'il réclame⁴³. La fonction de juger postule, par conséquent, un acte d'autorité obligatoire et définitif – le jugement⁴⁴ – dont le respect s'impose à ses destinataires⁴⁵.

22. Inhérents à l'effectivité de cette fonction, les pouvoirs et les obligations du juge, en second lieu, participent également de la définition du concept de juridiction. Ainsi, l'action du juge s'exerce, non seulement dans le respect de formes particulières et d'une procédure déterminée, faites de règles adaptées à la fonction juridictionnelle, en tête desquelles l'instauration d'un débat contradictoire, mais également sur la base de prérogatives de nature à rendre possible, d'une part, la vérification de la conformité à la règle de droit de l'action des particuliers ou des pouvoirs publics et, d'autre part, l'adoption d'un acte juridictionnel revêtu d'une force et d'une autorité spéciales lui conférant une vérité irréfragable⁴⁶.

23. La notion de juridiction ainsi définie, il semble désormais envisageable de préciser les contours du concept de « protection non juridictionnelle ». En effet, c'est précisément en opposition à la fonction de juger, plus précisément à ses effets, ainsi qu'aux pouvoirs et obligations juridictionnels inhérents à cette fonction que la protection non juridictionnelle se doit d'être appréhendée. Conçue pour compléter la protection offerte par le juge, la protection non juridictionnelle se distingue, en effet, en raison d'une fonction dont la finalité consiste certes dans la résolution de conflits, mais dont les modalités d'exercice et les effets diffèrent sensiblement de la garantie juridictionnelle. A la différence des organes juridictionnels, qui « *conduisent leurs investigations d'une manière contentieuse et concluent leurs enquêtes par une appréciation juridiquement contraignante, à savoir un jugement* »⁴⁷, les organes non juridictionnels se présentent comme des instances de surveillance, qui « *ne délivrent pas de jugements, mais seulement des rapports, recommandations, opinions etc. juridiquement non contraignants* »⁴⁸. Il s'agit d'une forme de garantie privilégiant le recours à des mécanismes incitatifs pour remplir son office, dont les interventions se caractérisent par la souplesse et l'informalité et, en tout état de cause, n'aboutissent pas à l'édition de décisions juridictionnelles revêtues de l'autorité de chose jugée⁴⁹ mais laissent, au contraire, à leurs destinataires la liberté de s'y conformer.

⁴³ Sur ce point, v. entre autres : D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., Paris, 1994 ; D. Connil, *op. cit.*, p. 18 ; A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, th. dactylographiée, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2006, pp. 25-26.

⁴⁴ Ainsi que le fait remarquer le professeur Tadashi Takizawa, « *le contrôle juridictionnel [...] se solde par le jugement d'un tribunal à la suite d'un recours formé devant lui* » (« Les contrôles juridictionnels et non juridictionnels », *op. cit.*, p. 104).

⁴⁵ En ce sens, v. not. S. Rials, « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, p. 3.

⁴⁶ Sur ces questions, v. M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 29 et 32.

⁴⁷ A. Cassese, « Le contrôle international concernant les personnes privées de leur liberté », in *Droit des personnes privées de leur liberté, Égalité et non-discrimination*, Actes du 7^{ème} Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Editions Engel – Conseil de l'Europe, 1994, p. 61.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ En ce sens, v. B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 627.

24. Evidemment, d'aucuns n'ont manqué de faire valoir que certains contrôles non juridictionnels donnent lieu à l'adoption de décisions juridiquement obligatoires⁵⁰ et, pour cette raison, préfèrent à la dichotomie protection juridictionnelle/non juridictionnelle celle de protection contentieuse/non contentieuse⁵¹. La remarque n'a cependant pas véritablement lieu d'être dans le cadre de cette recherche dans la mesure où l'ombudsman spécialisé, objet privilégié de l'étude entreprise, se trouve, pour sa part, dépourvu de pouvoirs de contraintes. Aussi l'expression « protection non juridictionnelle » peut-elle être préférée à celle de « protection non contentieuse ». A plus forte raison que l'*human rights ombudsman*, s'il se trouve dépourvu de pouvoirs de contrainte, dispose, en revanche, de prérogatives de saisine du juge. Or, de telles prérogatives, si elles ne sauraient remettre en cause la nature non juridictionnelle de l'activité de l'ombudsman⁵², étant donné que, lorsqu'il en use, ce dernier se contente, en réalité, de transférer la prise de décision au juge, seul compétent pour prononcer des décisions juridictionnelles revêtues d'une portée contraignante, conduisent les auteurs les plus autorisés à affirmer que le contrôle opéré par l'ombudsman apparaît à certains égards comme un contrôle semi-contentieux⁵³. Il s'ensuit que le recours à l'expression « protection non contentieuse », en lieu et place de celle de « protection non juridictionnelle », ne serait pas des plus pertinents. Le concept de « protection non juridictionnelle » défini, reste à déterminer à quelle réalité renvoie celui de « protection non juridictionnelle des droits fondamentaux ».

3. Les contours de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux

25. Suscitant un engouement indiscutable depuis quelques années, principalement quatre formes de protections non juridictionnelles, auxquelles certains auteurs ajoutent les principes protecteurs de la procédure administrative non contentieuse⁵⁴, peuvent, à ce jour, être

⁵⁰ Il suffit de songer en France aux pouvoirs réglementaire et de sanction dont disposent certaines autorités administratives indépendantes à l'instar de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, du Conseil supérieur de l'audiovisuel ou, encore, de l'Autorité des marchés financiers. Ainsi, le Conseil supérieur de l'audiovisuel jouit de la faculté de fixer des règles générales en matière de communication politique ou, encore, de suspendre l'autorisation d'émettre d'une radio ne respectant pas ses obligations, tandis que l'Autorité des marchés financiers est habilitée à infliger des sanctions financières.

⁵¹ C'est notamment le cas d'Anne Weber qui, dans le cadre d'une approche internationaliste des droits de l'homme, considère que le flou entourant la dichotomie protection juridictionnelle/protection non juridictionnelle « ainsi que l'émergence d'un contrôle particulier, qualifié de quasi-juridictionnel ou de parajuridictionnel, à mi-chemin entre contrôle juridictionnel et contrôle non juridictionnel, amène à procéder à une subdivision à l'intérieur de la catégorie des mécanismes non juridictionnels. La ligne de partage ne se situe en effet pas forcément entre contrôle juridictionnel et contrôle non juridictionnel. Nous avons pour notre part retenu une autre distinction [...]. Cette dernière distinction revient de fait à opposer contrôle contentieux et contrôle non contentieux, dichotomie que nous considérons comme la *summa divisio* en matière de contrôle du respect des droits de l'homme » (*Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, op. cit., pp. 31-32).

⁵² Sur ce point, v. A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 285.

⁵³ *Ibid.*, p. 283.

⁵⁴ Définies par le professeur Marcel Waline comme « l'ensemble des règles de forme et de procédure relatives à l'élaboration de la décision exécutoire et dont le respect conditionne la validité de l'acte » (J. Waline, *Droit administratif*, Précis Dalloz, Paris, 22^{ème} éd., 2008, p. 392), les garanties offertes par la procédure administrative non contentieuse, à l'instar du principe des droits de la défense, du droit à un examen effectif des demandes ou, encore, du principe d'impartialité, sont, par exemple, considérées comme un mode de protection non juridictionnelle des droits publics subjectifs des administrés par le professeur Bénédicte Delaunay (« Les

identifiées : les modes alternatifs de règlement des litiges⁵⁵, la protection politico-parlementaire, l'ombudsman, dont l'ombudsman spécialisé, ainsi que les autorités administratives indépendantes et les *ombudsmen* sectoriels⁵⁶.

26. Or, parmi ces différentes formes de protections non juridictionnelles, seules certaines intéressent spécifiquement la problématique des droits fondamentaux. Aussi un effort de délimitation des contours de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux s'impose. Tandis que l'objet « droits fondamentaux » conduit, en toute logique, à exclure les protections non juridictionnelles qui lui sont étrangères (a), parmi celles spécialement aménagées pour la protection des droits fondamentaux, l'exemple de l'ombudsman spécialisé mérite d'être privilégié dans la mesure où il se présente, à ce jour, comme la forme la plus aboutie (b).

a. L'exclusion des formes de protection non juridictionnelle étrangères aux droits fondamentaux

27. Conformément à la définition des droits fondamentaux retenue, sont seules susceptibles de retenir l'attention dans le cadre de cette étude les formes de protection non juridictionnelle dont la fonction consiste dans la défense des droits et libertés consacrés par

protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, pp. 213-216). Or, bien qu'elles interviennent, par définition, en marge, pour être plus précis en amont, de la protection offerte par le juge, de telles garanties, réunies au sein Code de procédure administrative non contentieuse en Espagne (pour une approche approfondie de la question, v. A.R. Brewer-Carias, *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Etudes de droit comparé [France, Espagne, Amérique Latine]*, Economica, coll. Science et droit administratifs, Paris, 1992), ne répondent pas à la définition de la protection non juridictionnelle retenue dans le cadre de cette étude, à savoir, un mode de garantie juridiquement non contraignant privilégiant le recours à des mécanismes incitatifs pour remplir son office et respectant, à ce titre, l'autonomie de la volonté. Se distinguant en raison de leur caractère obligatoire, les principes protecteurs de la procédure administrative non contentieuse s'imposent, en effet, à leurs destinataires qui n'ont d'autre choix que de s'y conformer sous peine d'être condamnés par le juge. Revêtue d'un caractère obligatoire et contraignant, la procédure administrative non contentieuse ne repose pas sur l'autonomie de la volonté. En revanche, il ne fait aucun doute que de tels principes contribuent activement à la protection des droits subjectifs des administrés, et ce d'autant plus que le droit positif se trouve marqué par une montée en puissance des principes d'information et de participation des citoyens à l'élaboration des décisions qui les concernent (en ce sens, v. B. Delaunay, *op. cit.*, p. 215).

⁵⁵ Pour des études approfondies sur les modes alternatifs de règlement des litiges, v. principalement : R.O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos : transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 2^{ème} éd., 2004 ; L. Cadiet, E. Jeuland et T. Clay, *Médiation et arbitrage : alternative à la justice ou justice alternative ?*, Litec, 2005 ; G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », *R.I.D.C.*, 1997, p. 313 ; F. Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *R.F.D.A.*, 1996, p. 86 ; R. le Goff, « Les modes alternatifs de règlement, vers l'efficacité juridique ? », *J.C.P. A.*, 25 juillet 2005, n° 1285 ; A. Lyon-Caen, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Petites affiches*, 2000, n° 213, p. 54 ; « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », *R.I.D.C.*, 1997, p. 421 ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 3 ; J.M. Bandrés Sánchez-Cruzat, « La solución extrajudicial de los conflictos con las administraciones públicas », in *Control jurisdiccional de la administración : Jueces para la democracia X Congreso : Zaragoza, 9, 10 y 11 de noviembre 1995*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1996, p. 28 ; J. Tornos Mas, « Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos », *op. cit.*, p. 149.

⁵⁶ Etant entendu que des recoupements existent entre ces différentes formes de protection non juridictionnelle. Par exemple, l'ombudsman et les autorités administratives indépendantes sont régulièrement conduits à utiliser les modes alternatifs de règlement des litiges pour mener à bien la fonction dont ils se trouvent investis (sur ce point, v. not. B. Delaunay, *op. cit.*, p. 213).

les normes les plus élevées de l'ordonnement juridique. Ce faisant, se trouvent, par définition, exclus du champ de la recherche, dans la mesure où leur objet premier ne réside pas dans la protection des droits fondamentaux, d'une part, les modes alternatifs de règlement des litiges et, d'autre part, les modèles d'*ombudsmen* dont la fonction consiste dans une simple surveillance de l'administration. Encore que s'agissant de ces derniers l'exclusion ne saurait être absolue.

28. Les modes alternatifs de règlement des litiges. Répondant à un objectif de prévention des contentieux et de désengorgement des prétoires⁵⁷, les modes alternatifs de règlement des litiges peuvent être définis, avec le professeur Laurent Richer, comme des modes de résolution des différends juridiques « *qui ne peuvent être utilisés que si les parties y consentent et qui aboutissent à une solution qui n'est pas imposée par l'une des parties* »⁵⁸. Il s'agit de modes de règlement consentis et égalitaires, intervenant en dehors de la fonction juridictionnelle des instances étatiques et permettant un règlement négocié et en équité des litiges. Offrant des avantages indiscutables par rapport à la protection non juridictionnelle en termes d'accessibilité, de coût et de rapidité, de simplicité et de souplesse des procédures⁵⁹, les modes alternatifs de règlements des litiges, parmi lesquelles il est possible de distinguer la transaction⁶⁰, la médiation⁶¹, la conciliation⁶², les recours administratifs⁶³ ou, encore,

⁵⁷ En ce sens, v. par ex. : C.E., *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Doc. fr., coll. Etudes et Documents, Paris, 1993 ; B. Delaunay, *op. cit.*, p. 221 ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *op. cit.*, p. 3.

⁵⁸ L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *op. cit.*, p. 4.

⁵⁹ B. Delaunay, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁰ La transaction est définie par l'article 2044 du Code civil comme « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Sur ce mode alternatif de règlement des litiges, le lecteur pourra utilement se référer à : G. Chavrier, « Réflexion sur la transaction administrative », *R.F.D.A.*, 2000, p. 548 ; A. Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 48 ; J. González Pérez, « La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa », *R.A.P.*, 1998, n° 145, p. 7.

⁶¹ La médiation consiste dans un processus de communication par le biais duquel les parties, grâce à l'entremise d'un tiers, extérieur au litige, indépendant et impartial, élaborent d'un commun d'accord une solution en vue de régler leur différend. Sur ce mode de résolution des litiges, v. entre autres : C.L. Alfonso Mellado, « La mediación en el derecho positivo español », *R.S.S.L.*, 1991, n° 8-9, p. 29 ; M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, P.U.F., Que sais-je ?, 5^{ème} éd., Paris, 2009 ; « La médiation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 30.

⁶² Si elle se différencie aisément de l'arbitrage, dans la mesure où le conciliateur, contrairement à l'arbitre, ne détient pas un pouvoir de décision, la conciliation demeure, en revanche, difficile à distinguer de la médiation. Bien que certains auteurs considèrent que les parties peuvent ne pas être assistées d'un tiers lorsqu'elles recourent à la conciliation, la majorité de la doctrine estime, en effet, que la conciliation comporte, à l'instar de la médiation, l'intervention d'un tiers indépendant et impartial (en ce sens, v. L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *op. cit.*, p. 6). Sur la conciliation, v. par ex. F. Munoz, « Pour une logique de la conciliation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 41.

⁶³ La multiplication des hypothèses de recours administratifs préalables obligatoires pourrait conduire à nuancer le propos dès lors que l'usage de cette voie de droit ne repose plus sur le consentement des parties. Sous couvert de cette précision, les recours administratifs peuvent être définis, avec le professeur Jean-Marie Auby, en fonction de deux éléments. « *Il s'agit d'abord de recours adressés à une autorité administrative, qui statue en tant que telle, c'est-à-dire par acte administratif. Il s'agit encore de recours mettant en jeu la légalité ou l'opportunité d'un acte juridique de l'administration* » (« Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.*, 1997, p. 11). Pour des études approfondies sur les recours administratifs, v. en part. : J.-M. Auby, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, 1955, p. 117 ; « Les recours administratifs préalables », *op. cit.*, p. 10 ; J.-C. Bonichot, « Le recours administratif préalable obligatoire, dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 81 ;

l'arbitrage⁶⁴, ne sauraient cependant intéresser directement la protection des droits fondamentaux.

29. Certes, on admettra que les autorités non juridictionnelles spécialisées dans la protection des droits fondamentaux recourent parfois aux modes alternatifs de règlement des litiges pour mener à bien leur mission. Inversement, les modes alternatifs de résolution des différends sont parfois amenés à connaître de conflits intéressant les droits de la personne humaine. A ce titre, d'aucuns entrevoient dans les recours administratifs internes « *un moyen intéressant de défendre ses droits et ses libertés sans avoir obligatoirement recours au juge administratif en l'occurrence [...]* »⁶⁵.

30. Pourtant, de tels recours offerts par l'administration moderne, outre qu'ils n'ont pas pour objet exclusif la défense des droits fondamentaux, ne permettent pas d'espérer une garantie absolue de l'efficacité et de la rectitude de son action⁶⁶. Tandis que le cloisonnement excessif de l'appareil administratif alimente les suspicions quant à leur véritable impartialité, leur efficacité s'avère très relative. Comme le relève le professeur Bénédicte Delaunay, « *s'ils présentent l'avantage d'être d'une mise en œuvre facile et de pouvoir être fondés sur des motifs d'équité ou d'opportunité, ils offrent peu de garanties aux administrés. Ils sont examinés en l'absence de tout formalisme par l'auteur de l'acte et, en toute hypothèse, "un administrateur, lié à l'organisation dont il fait partie, ne disposant pas toujours du recul nécessaire, et parfois enclin à donner le pas aux considérations d'efficacité sur le strict respect de la légalité"* ; ils ont une issue limitée par les principes régissant la disparition des actes administratifs, et très aléatoire, l'autorité saisie n'étant même pas obligée de se prononcer explicitement »⁶⁷. Ce point de vue, partagé par une frange importante de la doctrine⁶⁸, conduit de toute évidence à écarter cette voie de droit du champ des garanties non juridictionnelles des droits fondamentaux.

A. Garcia, *Le recours administratif préalable obligatoire*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2007.

⁶⁴ Etant entendu que si l'arbitrage répond bien à la définition de la notion de mode alternatif des règlements des litiges proposées par Laurent Richer, ce mécanisme doit, toutefois, être exclu du champ de la protection non juridictionnelle dans la mesure où l'arbitre, bien qu'il ne relève pas des instances juridictionnelles étatiques, prononce des sentences revêtues de l'autorité de la chose jugée. A ce titre, le professeur Charles Jarrosson écrit : « *La mission juridictionnelle de l'arbitre ne suscite plus de réelles controverses, du moins quant à son principe. La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine* » (*La Notion d'arbitrage*, L.G.D.J., 1987, p. 101).

⁶⁵ H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 2011, p. 210.

⁶⁶ A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el Ordenamiento jurídico Español », in M. Ramirez, *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, p. 304.

⁶⁷ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, op. cit., p. 628.

⁶⁸ V. en ce sens : D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 546 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 3 ; A-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, th. dactylographiée, Université des sciences juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, 1973, pp. 170 et ss. ; J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », op. cit., p. 491 ; P. Verrier, « Le Médiateur », *R.D.P.*, 1973, p. 947.

31. Les ombudsmen en charge d'une simple fonction de surveillance de l'administration. Institution apparue en Suède en 1809⁶⁹, l'ombudsman, étymologiquement « celui qui est habilité à agir pour autrui »⁷⁰, est le résultat d'un processus historique entamé dès le début du XVIII^{ème} siècle. « Traduction suédoise du grand mouvement européen de limitation des pouvoirs né du XVIII^e siècle »⁷¹, l'institution de l'ombudsman puise, en effet, ses origines dans la figure du *Konungenns Högsta Ombudsmän*.

32. Créé en 1713 par une ordonnance royale, cet organe était, à l'origine, un haut mandataire du Roi chargé « d'exercer un contrôle général sur l'observation des ordonnances et de surveiller si chacun, dans l'exercice de sa fonction, remplissait ses obligations »⁷². Il s'agissait, en somme, d'un prolongement du pouvoir royal en charge de la surveillance de la correcte application des directives du Roi par l'administration durant les absences prolongées de celui-ci au sein du royaume en raison du conflit opposant la Suède à la Russie. Or, le mouvement de limitation du pouvoir royal résultant de l'entrée de la Suède dans l'Ere de la liberté à partir de 1720 s'est traduit par une reconfiguration progressive du *Högsta Ombudsmän*, renommé *Justitiekansler*, en mandataire du Parlement. Nommé, entre 1766 et 1772, par les corps représentatifs des quatre Etats et non plus par le Roi, le *Justitiekansler* se rapproche ainsi du modèle contemporain de l'ombudsman, à savoir un représentant du Parlement accessible aux citoyens aux fins que ces derniers se plaignent directement et gratuitement auprès de lui d'illégalités ou de négligences commises par l'administration au quotidien.

33. Le tournant définitif est finalement opéré sous le règne de Gustave IV, à la suite de la révolution de 1809 éclatée en réaction à la restauration de la monarchie absolue par Gustave III. Considéré comme une pièce maîtresse d'un nouvel équilibre des pouvoirs par les constituants de 1809, le maintien de l'ombudsman apparaît effectivement comme une « chose naturelle lors du passage de la monarchie absolue à la monarchie limitée »⁷³. Et ce à plus forte raison que les moyens de contrôle de l'activité du Roi et de l'administration, tant parlementaires que juridictionnels, se révèlent largement déficitaires⁷⁴. En définitive, la

⁶⁹ Sur l'ombudsman suédois, v. entre autres : C. Eklundh, « La experiencia del ombudsman sueco en la actualidad », in *Congreso internacional sobre la experiencia del ombudsman en la actualidad*, Comisión nacional de derechos humanos, Mexico, 1992, p. 105 ; K. Holmgren, « La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman », *Dr. soc.*, 1969, p. 69 ; V. Jägerskiöld, « The Swedish Ombudsman », *Law review*, University of Pennsylvania, 1961, p. 1077 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit. ; « L'ombudsman parlementaire suédois 1970 – 1990. Une originalité persistante », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 575 ; « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 499 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, trad. C. Giner de Grado, Teide, Barcelona, 1990.

⁷⁰ Rapporté par J. Pelletier, « Vingt ans de médiation à la française », *R.F.D.A.*, 1992, p. 599. Dans un sens similaire, v. Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *R.E.V.L.*, 1977, n° 196, p. 828 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, p. 31.

⁷¹ A. Legrand, « L'ombudsman parlementaire suédois 1970 – 1990. Une originalité persistante », op. cit., p. 577

⁷² A. Legrand, *L'Ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 23

⁷³ *Ibid.*, p. 21

⁷⁴ Sur ce point, v. : A. Pérez Calvo, « El Defensor del Pueblo », in A. Pérez Calvo (Dir.), *El Defensor del Pueblo de Navarra*, Gobierno de Navarra, 2009, p. 37 ; H. Puget, « Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura », *R.I.D.C.*, 1965, p. 8.

naissance de l'ombudsman se révèle être porteuse d'un paradoxe évident⁷⁵ : initialement imaginée comme un instrument de renforcement du pouvoir royal, l'institution va progressivement s'ériger en bras droit du Parlement en vue de garantir la protection des individus face aux dysfonctionnements, négligences et abus de l'appareil administratif⁷⁶.

34. Œuvre originale du constituant suédois⁷⁷, le *Justitieombudsman*, tel que consacré par l'article 96 de la Constitution de 1809, se présente, ainsi, comme un mandataire du *Riksdag*⁷⁸ en charge « de contrôler l'observation des lois par les tribunaux et les fonctionnaires et de poursuivre devant les tribunaux compétents, suivant les lois, ceux qui, dans l'exercice de leur fonction, auront par partialité, faveur ou tout autre motif, commis des illégalités ou négligé de remplir convenablement les devoirs de leur office ». Demeuré une spécificité suédoise durant cent ans, l'ombudsman s'est, en définitive, trouvé réceptionné par la Finlande au début du XX^{ème} siècle⁷⁹, pour finalement s'exporter, sous l'impulsion de l'ombudsman Danois Stephan Hurwitz⁸⁰, dans le monde entier à compter de la sortie du second conflit mondial⁸¹.

⁷⁵ En ce sens, v. A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Cátedra de democracia y derechos humanos, 2010, p. 122.

⁷⁶ Pour des éléments historiques sur la naissance de l'ombudsman suédois, v. not. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1982, p. 35 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit. pp. 15 et ss. ; « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *R.I.D.C.*, 1973, vol. 25, pp. 853-854 ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *Documentación administrativa*, 1974, n° 161, pp. 23-24 ; A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, op. cit., pp. 122-123.

⁷⁷ Si un lien a parfois pu être établi entre l'ombudsman et certaines institutions, à l'instar du Tribunal de la plèbe (M. Humbert, « Le tribunal de la plèbe et le tribunal du peuple : remarques sur l'histoire de la *provocatio ad populum* », in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, 1988, vol. 100, n° 100-1, p. 431) et du *Defensor civitatis* (C. Lecrivain, « Remarques sur les formules du *Curator* et du *Defensor Civitatis* dans Cassiodore », in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 1884, vol. 4, n° 4, p. 133), chargées, à diverses périodes de l'Histoire, de protéger les individus face aux éventuelles injustices et abus commis par les pouvoirs publics, l'ombudsman n'en demeure pas moins une œuvre originale du constituant suédois de 1809. Les similitudes qui ont pu être dégagées entre ces *defensores* et l'ombudsman se révèlent, en effet, peu pertinentes, spécialement s'agissant du *Defensor civitatis* dont les interventions portaient essentiellement sur les échanges commerciaux. Aussi est-il possible d'affirmer, avec le professeur André Legrand, qu'il est peu probable que le constituant suédois de 1809 ait entendu imiter ces institutions correspondant à un tout autre type de société (*L'Ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 27).

⁷⁸ Littéralement Parlement.

⁷⁹ La Constitution finlandaise du 17 juillet 1919, adoptée à la suite de l'obtention par la Finlande de son indépendance vis-à-vis de la Russie, consacre, en effet, un *Riksdagens Justitieombudsman*. La réception de l'ombudsman suédois par le voisin finlandais ne présente, toutefois, rien de très surprenant dès lors que la Finlande avait appartenu au Royaume de Suède et, par conséquent, se trouvait familiarisée avec l'institution (Sur l'ombudsman finlandais, v. en part. : A. Legrand, *L'Ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., pp. 155-200 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., pp. 13-23 ; J. Söderman, « Les missions de l'ombudsman finlandais », *R.F.A.P.*, 1992, p. 585).

⁸⁰ Stephan Hurwitz est effectivement connu pour avoir favorisé la diffusion de l'ombudsman scandinave dans le monde dans les années 1950 en multipliant les conférences à l'étranger et les publications dans des revues européennes et internationales en vue de faire connaître cette institution (sur cette question, v. par ex. : D.C. Rowat, op. cit., p. 114).

⁸¹ Sur le mouvement de diffusion de l'institution dans le monde, v. par ex. : A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 31 et ss. ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », op. cit., pp. 24-32 ; D.C. Rowat, op. cit., pp. 25-33, 49-57 et 111-148.

35. Salulaire, ce mouvement de diffusion de l'institution n'a, cependant, pas été sans altérer quelques-unes des caractéristiques statutaires du modèle originel suédois⁸². L'ombudsman, au contact de différentes cultures et des spécificités de chaque système juridique, a, en effet, connu de multiples remaniements institutionnels. En témoigne la réception de l'institution par la Grande-Bretagne et la France. Consacrés non plus par la Constitution mais par la loi et formellement nommés par le pouvoir exécutif, le Commissaire parlementaire pour l'administration britannique⁸³ et l'ancien Médiateur de la République français⁸⁴ s'écartent indiscutablement du modèle suédois de l'ombudsman parlementaire. En atteste également, et surtout, la spécialisation de l'institution dans la protection des droits fondamentaux, en lieu et place d'une traditionnelle fonction de résolution des hypothèses de « maladministration », lors de sa réception par le Portugal et l'Espagne à la sortie de la dictature et, plus récemment, par la France à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁸⁵.

36. De nature à rendre toute entreprise de définition de l'ombudsman particulièrement délicate⁸⁶, de tels remaniements de l'institution au fil de sa diffusion internationale conduisent, ainsi, le professeur Linda Reif à opérer une distinction entre modèle traditionnel scandinave du *Parliamentary ombudsman*, issu de la majorité parlementaire et chargé de la seule supervision de l'administration publique, modèle, anciennement français et actuellement britannique, de l'*Executive ombudsman*, poursuivant, à l'identique du *Parliamentary ombudsman*, une fonction exclusive de supervision de l'administration mais rattaché à

⁸² Sur les altérations subies par le modèle scandinave à l'occasion du mouvement de diffusion de l'ombudsman dans le monde, le lecteur pourra utilement se référer à : A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, Plaza & Janes Editores, S.A., Barcelona, 1985, p. 31 ; A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 312 ; M.L. Cava de Llano y Carrió, « Artículo 1 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Thomson, 2002, p. 66 ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 17 ; D.C. Rowat, *op. cit.*, pp. 25 et ss.

⁸³ *PCA Act* du 22 mars 1967.

⁸⁴ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur, *J.O.* du 4 janvier 1973, p. 164.

⁸⁵ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet de modernisation des institutions de la V^e République, *op. cit.*

⁸⁶ Sur ce point, v. R. Boust, « Contribution à une définition de l'ombudsman », *R.F.A.P.*, 2007, p. 388. C'est pourquoi certains auteurs, soucieux de dépasser les différentes déclinaisons nationales de l'institution, se sont efforcés de proposer une définition générique. Ainsi, le professeur André Legrand assimile l'ombudsman à une « *personne indépendante de l'administration, extérieure à celle-ci, qui n'exerce pas de ce fait de pouvoir de décision dans les domaines administratifs, mais bénéficie néanmoins d'un privilège total d'information sur ce qui se passe à l'intérieur de l'administration* » (« Médiateur et "Ombudsman" : un problème mal posé », *Revue politique et parlementaire*, 1973, n° 840, p. 5). Dans un sens similaire, Rhita Boust propose de définir l'ombudsman 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 et citoyen, par un pouvoir de recommandation et de proposition de réforme sans forme coercitive* » (*op. cit.*, p. 397). Séduisante, une telle démarche, consistant à définir l'ombudsman sous la forme d'un idéal-type, présente toutefois ses propres limites. Elle conduit précisément à négliger que, selon le système juridique considéré, l'expression « ombudsman » renvoie à des réalités sensiblement différentes.

l'exécutif et *Human rights ombudsman*, ou ombudsman spécialisé⁸⁷, désigné par le Parlement et chargé d'une mission privilégiée de protection des droits fondamentaux⁸⁸.

37. Or, compte tenu de l'objet de la recherche entreprise, la classification ternaire proposée par Linda Reif, aussi pertinente soit-elle, peut être dépassée à la faveur d'une *summa divisio* reposant sur la fonction poursuivie par le modèle d'ombudsman considéré. Aux *ombudsmen* en charge d'une simple fonction de surveillance de l'administration aux fins de résolution des hypothèses de « maladministration », à savoir le *Parliamentary ombudsman* et l'*Executive ombudsman*, s'opposant l'ombudsman spécialisé, dont la mission principale consiste également dans une surveillance des pouvoirs publics, en tête desquels l'administration, mais dans une perspective renouvelée de défense des droits de la personne humaine. *Summa divisio* conduisant à exclure du champ de l'étude le modèle scandinave du *Parliamentary ombudsman* et le modèle, anciennement français et actuellement britannique, de l'*Executive ombudsman* dans la mesure où ces deux grandes catégories d'*ombudsmen* n'ont pas pour mission première la défense des droits fondamentaux.

38. L'exclusion ne saurait pour autant être absolue. Deux facteurs commandent effectivement de prendre en considération, ne serait-ce que de façon épisodique, le modèle du *Parliamentary ombudsman* et de l'*Executive ombudsman*. En premier lieu, le modèle ibérique de l'*human rights ombudsman*, bien qu'il s'écarte de l'ombudsman scandinave d'un point de vue fonctionnel, s'en inspire explicitement sur le plan statutaire, au point de renouer avec la plupart de ses caractéristiques essentielles. En second lieu, le Défenseur des droits français, s'il traduit un véritable changement de perspectives par rapport à l'ancien Médiateur de la République, présente néanmoins un lien de parenté indiscutable avec cette ancienne autorité puisque c'est avant tout autour de celle-ci qu'il a été conçu.

39. Sous couvert de cette précision, se trouvent exclues du périmètre de la recherche l'ensemble des protections non juridictionnelles dont l'objet n'intéresse pas directement les droits fondamentaux. Et parmi celles spécialement aménagées pour la protection des droits fondamentaux, l'exemple de l'ombudsman spécialisé s'impose dans la mesure où il se présente, à ce jour, comme la forme la plus aboutie.

⁸⁷ L'expression est notamment utilisée par le professeur Virgilio Zapatero Gómez (en ce sens, v. *in Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos, celebrada en Madrid, 24 y 25 de abril de 2002*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, p. 123). Dans la suite des développements, seront indistinctement utilisées les expressions « *Human rights ombudsman* » et « Ombudsman spécialisé ».

⁸⁸ L. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, International Studies in Human Rights, vol. 79, 2004, pp. 3 et 8 spéc.

b. La préférence donnée à l'exemple de l'ombudsman spécialisé parmi les formes de protection non juridictionnelle aménagées pour connaître des droits fondamentaux

40. Indépendamment de l'ombudsman spécialisé, se présentent comme des acteurs à part entière du système de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, d'une part, certains *ombudsmen* et autorités indépendantes sectoriels et, d'autre part, le Parlement.

41. Bien que ces deux catégories d'institutions ne sauraient véritablement se confondre⁸⁹, les *ombudsmen* sectoriels et les autorités administratives indépendantes, en premier lieu, peuvent, dans le cadre de cette étude, être assimilés dès lors que leur développement procède d'une philosophie identique de sectorisation de la protection non juridictionnelle. Intervenant dans des domaines divers et variés, de tels organes, indépendants et impartiaux, s'illustrent, en effet, en raison de leur compétence limitée à un secteur spécifique de la vie administrative. Ils se distinguent en cela de l'ombudsman, lequel se présente comme une institution d'envergure nationale compétente pour connaître de l'activité de l'ensemble des administrations publiques⁹⁰. Ils se rapprochent, en revanche, de celui-ci en ce qu'ils interviennent en dehors de la fonction de juger des juridictions et privilégient, à cet effet, le recours à des moyens incitatifs, c'est-à-dire juridiquement non contraignants, pour remplir leur office. Surtout, certaines de ces institutions, outre qu'elles disposent d'attributions proches de celles d'un ombudsman, se trouvent pourvues, à l'instar de l'*human rights ombudsman*, d'une mission privilégiée de défense des droits fondamentaux⁹¹.

42. Organe politique collégial de type représentatif, le Parlement, en second lieu, poursuit principalement deux fonctions que sont, d'une part, la production de normes législatives et, d'autre part, le contrôle de l'activité de certains autres organes, en tête desquels le gouvernement et son administration. Trouvant essentiellement à s'exercer par le biais de mécanismes incitatifs, cette fonction de contrôle du pouvoir exécutif constitue, sans nul doute, une forme de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à part entière⁹².

⁸⁹ En ce sens, v. M.L. Amaral, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, Lisboa, 2002*, pp. 69 et ss.

⁹⁰ En ce sens, v. not. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo, op. cit.*, pp. 44-45.

⁹¹ On songera, entre autres, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés françaises ou, encore, à la Commission nationale de l'objection de conscience portugaise.

⁹² Hormis la possibilité de mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement par l'adoption d'une motion de censure, la plupart des instruments mis à la disposition de l'organe parlementaire en vue de lui permettre de mener à bien sa fonction de contrôle, qu'il s'agisse de la procédure des questions, du mécanisme des interpellations ou, encore, de la publication, sous forme de rapports, des auditions effectuées par les commissions d'enquête, s'illustrent, en effet, en raison de leur portée non contraignante. Et le caractère non juridictionnel de la protection offerte par le Parlement se trouve confirmé par la faculté de ce dernier de procéder à un règlement extrajudiciaire de certains litiges par le prisme du droit de pétition. A savoir que la faculté donnée aux citoyens d'adresser des pétitions à leurs représentants afin de dénoncer les atteintes portées à leurs intérêts et droits subjectifs conduit l'organe parlementaire à résoudre des différends par la voie de la souplesse et du dialogue (Sur le droit de pétition, v. entre autres : J.-P. Dionnet, « La contribution de la pétition à l'évolution politique dans l'histoire contemporaine : évocation d'une difficile intégration », *Droits*, 2003, n° 37, p. 173 ; S. Dubourg-Lavroff, « Le droit de pétition en France », *R.D.P.*, 1992, p. 1733 ; A. García Cuadrado, « El derecho de

Evidemment, l'affirmation peut à première vue surprendre. Apparue en réponse aux abus commis par le législateur sous la Seconde Guerre mondiale, la notion de « droit fondamental » exprime une recherche de protection des libertés contre la loi et non plus par la loi⁹³. Le législateur, traditionnellement appréhendé comme le gardien privilégié des droits et libertés sous l'ère des libertés publiques⁹⁴, se trouve ainsi relégué au second plan, largement derrière le juge. Dès lors, appréhender l'institution parlementaire comme un potentiel gardien des droits fondamentaux ne va pas sans surprendre quelque peu. Pour autant, comme le défend Vanessa Barbé à travers sa thèse, « *l'émergence des droits fondamentaux ne s'est pas accompagnée d'un dessaisissement de la compétence des Parlements [...]* »⁹⁵. Au contraire, toujours à l'heure actuelle, l'organe parlementaire, par le prisme de sa fonction de contrôle de l'action du gouvernement et de sa faculté de procéder à un règlement extrajudiciaire de certains litiges par le prisme du droit de pétition, contribue, au même titre que l'ombudsman spécialisé et que certaines autorités indépendantes sectorielles, à la protection des droits fondamentaux.

43. Cela étant, parmi ces trois figures de garantie spécialement aménagées pour la protection des droits fondamentaux, se doit d'être privilégié l'exemple de l'ombudsman spécialisé dans la mesure où celui-ci se présente, à ce jour, comme la forme la plus aboutie. En effet, expressément consacré par le texte constitutionnel et disposant d'une palette de prérogatives difficilement égalable pour mener à bien sa mission, l'*human rights ombudsman* jouit, par ailleurs et surtout, d'une compétence générale et spécifique dans le domaine des droits fondamentaux lui permettant de connaître de l'ensemble des atteintes portées aux droits de la personne humaine. A l'évidence, il s'agit là d'une différence de taille par rapport aux deux autres grandes formes de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux que sont, d'une part, les autorités administratives indépendantes et les *ombudsmen* sectoriels et, d'autre part, la protection politico-parlementaire. Tandis que les premiers ne jouissent, par définition, que d'une compétence sectorielle ne couvrant pas l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, le second ne poursuit pas une mission exclusive de défense des droits fondamentaux. De sorte que, parmi l'ensemble des protections non juridictionnelles spécialement aménagées pour garantir la défense des droits fondamentaux, l'ombudsman spécialisé apparaît comme la forme la plus accomplie.

44. Etant entendu que si l'étude entreprise se propose de privilégier l'exemple de l'ombudsman spécialisé, les autres formes de garantie non juridictionnelle, pas plus d'ailleurs que les organes juridictionnels de garantie, ne sauraient être totalement exclus du champ de la

petición », *Revista de derecho político*, 1991, n° 32, p. 119 ; I. Ibañez Garcia, *Derecho de petición y derecho de queja*, Dykinson, Madrid, 1993).

⁹³ J. Rivero, « Rapport de synthèse », in L. Favoreu (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 519.

⁹⁴ Le professeur Franck Moderne rappelle en ce sens que la protection parlementaire fut longtemps quasi-exclusive conformément à la théorie classique de la loi, expression de la volonté générale (F. Moderne, « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France », in L. Favoreu (Dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Rapports français au II^e Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1987, p. 71).

⁹⁵ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 22.

recherche. Dès l'instant où l'*human rights ombudsman* répond à une logique de consolidation du système institutionnel de garantie des droits fondamentaux, celui-ci interagit nécessairement avec les autres organes de garantie et, par conséquent, ne peut être véritablement compris indépendamment de ces derniers. Ce n'est qu'en s'efforçant de confronter la protection offerte par l'ombudsman spécialisé et celle proposée par les autres organes de garantie qu'il sera envisageable de dégager des enseignements généraux et « intemporels » au sujet de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux et, ainsi, de tenter de situer cette forme de garantie dans le cadre de la théorie générale des droits fondamentaux. Une telle entreprise ne saurait, toutefois, être menée à bien en dehors d'une perspective comparatiste.

B. La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé

45. Discipline juridique consistant dans « *l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers Etats ou groupements d'Etats* »⁹⁶, le droit comparé, contrairement à la simple étude des droits étrangers⁹⁷, n'entend pas décrire un droit étranger pour lui-même, mais toujours par rapport à un autre droit⁹⁸. L'objectif poursuivi par le comparatiste étant de parvenir, par la mise en comparaison de phénomènes qui lui sont *a priori* externes, à l'élaboration d'un fonds de connaissances nouvelles dans un domaine particulier⁹⁹. Le droit comparé ainsi défini, le recours à cette méthode d'analyse en vue de rendre compte de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux appelle une série de précisions, tout d'abord, quant à sa justification (1), ensuite, au sujet du choix des entités comparées (2), enfin, s'agissant de la nécessité de prendre en considération la différence de contexte de mise en place des ombudsmen nationaux objets de la comparaison (3). Précisions indispensables dans la mesure où l'on ne saurait s'adonner à une étude juridique comparative « *sans avoir d'abord fait de l'acte de comparaison l'objet d'une réflexion théorique laquelle est ensuite arrachée à l'ordre du cognitif pour être restituée à l'ordre pratique* »¹⁰⁰.

⁹⁶ R. Drago, « Droit comparé », in D. Alland et S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Paris, 2003, pp. 454-455.

⁹⁷ Ainsi que le souligne le professeur Marie-Claire Ponthoreau, « *le spécialiste d'un ou plusieurs droits étrangers vise à les "regarder de l'intérieur, en eux-mêmes et pour eux-mêmes". En revanche, le comparatiste ne cherche pas tant à étudier le droit étranger en soi qu'à s'occuper étrangement du droit, c'est-à-dire à l'étudier différemment de manière à montrer ce qui est étrange dans ce qui nous est familier. Le comparatiste vise à proposer un autre regard sur son propre droit à la différence d'un spécialiste d'un droit étranger* » (« Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, 2005, n° 1, p. 10).

⁹⁸ En ce sens, v. E. Picard, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », in X. Blanc-Jouvan et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000, p. 137.

⁹⁹ En ce sens, v. C. Valcke, « "Droit" : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », in P. Legrand (Dir.), *Comparer les droits, résolument*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2009, pp. 100-101.

¹⁰⁰ P. Legrand, « Comparer », *R.I.D.C.*, 1996, n° 2, p. 285.

1. La justification du recours à la démarche comparatiste

46. « Probablement le juriste doit-il concéder qu'il ne peut se dire "comparatiste" qu'à la condition de toujours se demander pourquoi il compare ? »¹⁰¹. Inhérente à toute démarche comparatiste, la justification du recours au droit comparé se révèle, en effet, indispensable. *A priori*, l'objet de l'étude entreprise constituerait une justification suffisante, l'apport du droit comparé à l'étude des droits de la personne humaine n'étant plus à démontrer. Déjà en 1968, René Cassin écrivait à ce sujet : « toutes les utilités reconnues en général à la méthode comparative, on les trouve au maximum dans l'étude des droits de l'homme »¹⁰². Terrain privilégié pour le comparatiste, les droits et libertés le sont, en réalité, tout autant que l'institution de l'ombudsman¹⁰³, dont le large mouvement de diffusion à travers le monde lui permet de prétendre à l'universalité. Par conséquent, l'étude de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à travers l'exemple de l'ombudsman spécialisé se voudrait, de par son objet même, particulièrement propice à une approche comparatiste.

47. Ce seul constat ne saurait pour autant suffire à justifier le recours au droit comparé. A la vérité, la démarche comparatiste se révèle avant tout justifiée en raison du fait que le Défenseur français n'offre pas le recul nécessaire pour espérer dégager des enseignements suffisamment tangibles au sujet de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Créé à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁰⁴, le Défenseur des droits ne s'est trouvé effectivement incarné que le 22 juin 2011¹⁰⁵, à l'occasion de la nomination de son premier représentant Dominique Baudis. Certes, l'innovation peut, à première vue, apparaître somme toute relative. Le Défenseur des droits se substituant à un corpus d'autorités indépendantes sectorielles spécialisées dans la protection des droits et libertés¹⁰⁶, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux n'a pas été créée de toute pièce en France à l'occasion de la révision constitutionnelle de 2008. Sa mise en place s'accompagne néanmoins d'un profond changement de configuration de ce mode de garantie des droits et libertés dans la mesure où il n'existait pas, avant 2008, d'ombudsman spécialisé à compétence générale au sein du système juridique français¹⁰⁷.

¹⁰¹ M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰² R. Cassin, « Droits de l'homme et méthode comparative », *R.I.D.C.*, 1968, p. 453. Dans un sens similaire, v. G. Marty, « Droits de l'homme et droit comparé », in René Cassin *Amicorum Discipulorumque liber*, tome IV, Pédone, Paris, 1972, p. 270.

¹⁰³ En ce sens, v. R. Drago, « Droit comparé », *op. cit.*, p. 455.

¹⁰⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la V^e République consacre, en effet, un article 71-1 nouveau au sein de la Constitution au terme duquel « 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 [...] ».

¹⁰⁵ Décret du 23 juin 2011 portant nomination du Défenseur des droits - M. Baudis (Dominique), *J.O.* du 24 juin 2011, p. 10760.

¹⁰⁶ La loi organique relative au Défenseur des droits procède, en effet, au regroupement de trois autorités administratives indépendantes intervenant expressément dans le domaine des droits fondamentaux au sein de la structure nouvellement mise en place. Il s'agit de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, de la Commission nationale de déontologie de la sécurité et du Défenseur des enfants (loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.* du 30 mars 2011, p. 5497).

¹⁰⁷ Malgré deux propositions de loi présentées quelques années avant la mise en place du Médiateur de la République, une première, formulée par monsieur Poniatowski et les membres du groupe des Républicains

48. Il s'ensuit qu'une approche de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, telle que proposée par l'ombudsman spécialisé, sur la base du seul exemple du Défenseur des droits interviendrait trop tôt et, ce faisant, ne permettrait pas « *d'appréhender toutes les problématiques, réelles ou potentielles* »¹⁰⁸ que recèle le sujet. C'est pourquoi l'élaboration d'une théorie « universaliste » et « intemporelle » de cette forme de garantie des droits et libertés impose le recours au droit comparé. Et ce d'autant plus que le droit comparé offre la possibilité de proposer, sur la base des expériences espagnole et portugaise, une vision prospective de ce que pourrait être, *mutatis mutandis*, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en France dans les années à venir. Car, ainsi que l'a fait remarquer René Cassin, « *parmi les différentes utilités reconnues aux recherches de droit comparé, figure d'abord l'avantage d'une meilleure connaissance du droit national, grâce aux réflexions que suscitent les règles en vigueur dans les droits étrangers : le jeu des miroirs permet d'apercevoir certains aspects particuliers d'un objet qu'un regard direct n'a pas permis de découvrir* »¹⁰⁹.

49. Bien entendu, la méthode comparatiste demeure porteuse de ses propres limites. « *Comparaison n'est pas raison* » enseigne le proverbe français. Aux difficultés inhérentes à la barrière de la langue¹¹⁰, spécialement le danger du contresens lié à l'opération de traduction¹¹¹, s'ajoute le risque de tenir « *pour acquis chez l'autre ce qui n'est en réalité*

indépendants, tendant à la création d'un Haut commissariat à la défense des droits de l'homme (Proposition de loi n° 1472, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 novembre 1970, *J.O.*, doc. A.N., n° 1472) et une seconde, déposée par Monsieur Chandernagor et les membres du groupe socialiste, visant à l'institution d'un délégué parlementaire à la liberté (Proposition de loi n° 2715, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 novembre 1972, *J.O.*, doc. A.N. n° 2715), l'histoire constitutionnelle et administrative française ne révèle aucun antécédent d'*human rights ombudsman*. Le Défenseur des droits se présente ainsi comme une innovation totale en la matière. Innovation pour le moins inattendue dans la mesure où la création d'un tel organe ne figurait pas parmi les vœux formulés par le Président de la République Nicolas Sarkozy dans sa lettre de mission adressée le 18 juillet 2007 à Edouard Balladur (lettre disponible in *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, La Doc. fr., Paris, 2007, p. 106). Inspirée d'une proposition de loi constitutionnelle déposée par le Parti socialiste le 12 juillet 2007 portant, entre autres, création d'une institution calquée sur le modèle espagnol du Défenseur du Peuple (Proposition de loi constitutionnelle n° 386 tendant à réviser la Constitution du 4 octobre 1958 afin de rééquilibrer les institutions en renforçant les pouvoirs du Parlement, déposée au Sénat le 12 juillet 2007), l'instauration du Défenseur des droits au sein du système juridique français résulte, en réalité, d'une proposition « *démiurgique* » (J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *Petites affiches*, 2008, n° 214, p. 4) du Comité Balladur consistant dans la création d'un défenseur des droits fondamentaux (Proposition n° 76, in *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, *op. cit.*, pp. 92-93). Proposition accueillie favorablement par le chef de l'Etat et ayant finalement donné naissance à l'actuel Défenseur des droits.

¹⁰⁸ D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁹ R. Cassin, « Droits de l'homme et méthode comparative », *op. cit.*, p. 453. Dans un sens similaire, le professeur Etienne Picard écrit : « *le droit comparé permet de mieux comprendre non pas seulement les autres droits, mais bien son propre droits, et même le droit en général* » (« L'état du droit comparé en France, en 1999 », *op. cit.*, p. 161).

¹¹⁰ Sur cette problématique, le lecteur pourra utilement se référer à S. Glanert, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », in P. Legrand (Dir.), *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 279.

¹¹¹ Malgré toutes les précautions que peut prendre le comparatiste, écrit le professeur Jacques Ziller, « *un danger le guette constamment : celui du contresens. Contresens qu'il fait lui-même sur les pays étrangers, trompé par l'apparence des mots, voire des institutions ; mais aussi contresens qu'il induit involontairement chez son lecteur, dont il oublie qu'il est beaucoup moins familier du sujet que l'auteur* » (*Administrations comparées. Les*

qu'une construction de chez soi »¹¹², en somme d'appréhender les droits étrangers par les connaissances acquises de son propre juridique¹¹³, à travers le prisme de son propre droit¹¹⁴. Car, quand bien même le juriste français demeure conscient du danger qu'il y a à raisonner par « projection », « un ethnocentrisme a minima reste inévitable »¹¹⁵. « Situé »¹¹⁶, le juriste français ne saurait effectivement se réinventer de part en part. Dans ces conditions, il semble possible de souscrire à l'affirmation du professeur Pierre Legrand : « L'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits mais aussi d'elle-même, de ses illusions et de ses limites, c'est-à-dire qu'elle exige de pousser le souci de la distanciation critique jusqu'à l'acte de comparaison proprement dit »¹¹⁷. Pour autant, si le droit comparé ne saurait apporter toutes les réponses¹¹⁸, seule la démarche comparatiste se révèle en mesure d'apporter des réponses satisfaisantes s'agissant de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Reste à expliquer le choix des pays objets de la comparaison.

2. Le choix des pays objets de la comparaison

50. Ainsi que le fait remarquer le professeur Marie-Laure Izorche, « le problème du choix des objets à comparer est étroitement lié à celui du questionnement : la comparaison n'étant pas un but en soi, mais un moyen, on compare des objets en vue de répondre à une question, préalablement formulée »¹¹⁹. Au regard d'un tel constat, le choix du *Provedor de Justiça* portugais¹²⁰ et du Défenseur du peuple espagnol comme objets de comparaison avec le Défenseur des droits français, en vue de rendre compte de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, s'impose, pour ainsi dire, de lui-même. Loin d'être purement subjective, la préférence donnée aux exemples portugais et espagnol se trouve, au contraire, commandée par deux facteurs objectifs : d'une part, le fait que le Portugal et l'Espagne se présentent comme les pays précurseurs du mouvement de spécialisation de l'ombudsman dans

systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze, Montchrestien, 1993, p. 14). Parce que traduire c'est trahir, l'une des préoccupations premières dans le cadre d'une démarche comparatiste doit consister dans la vérification de la justesse des traductions retenues (en ce sens, v. N. Marty, *La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, th. dactylographiée, Université de Montpellier I, 2007, p. 43).

¹¹² H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, n° 3, p. 522.

¹¹³ M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁴ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. Legrand (Dir.), *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 214.

¹¹⁷ P. Legrand, *Le droit comparé*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1999, p. 67.

¹¹⁸ En ce sens, v. M.-C. Ponthoreau, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁹ M.-L. Izorche, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *R.I.D.C.*, 2001, pp. 291-292. Dans un sens similaire, le professeur Marie-Claire Ponthoreau précise que « ce sont les objectifs qui déterminent "l'espace de pertinence" de la comparaison » (*op. cit.*, p. 19).

¹²⁰ Littéralement « Pourvoyeur de justice » ou « Fournisseur de justice », la traduction française de l'expression « *Provedor de Justiça* » ne semble pas des plus adaptée pour rendre compte de la réalité à laquelle renvoie cette institution. Aussi est-il préférable de proscrire la traduction et de conserver l'appellation d'origine. Sur ce point, il convient d'ailleurs de constater, avec le professeur Pierre Legrand, que, d'une part, « tout [...] ne saurait pouvoir être dit dans la langue de l'autre » (« Comparer », *op. cit.*, p. 311) et, d'autre part, « traduire, c'est [...] trahir aussi la langue d'accueil puisque c'est la contraindre à dire ce qu'elle ne dirait pas habituellement en y faisant entendre la voix insolite de l'altérité » (« Sur l'analyse différentielle des juriscultures », in X. Blanc-Jouvan et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, *op. cit.*, p. 326).

la protection des droits et libertés et, ce faisant, offrent un recul suffisant pour dégager des enseignements généraux au sujet de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux (a), d'autre part, l'existence d'une filiation explicite entre le Défenseur des droits et les *ombudsmen* ibériques, spécialement le Défenseur du Peuple (b).

a. L'origine ibérique du modèle de l'ombudsman spécialisé

51. Hormis le cas isolé du Délégué parlementaire à la défense du Bundestag allemand¹²¹, ombudsman sectoriel créé en 1957 en vue de protéger les droits fondamentaux des militaires¹²², la paternité de l'*human rights ombudsman* doit, sans nul doute, être attribuée au Portugal et à l'Espagne. S'inscrivant en réaction aux abus commis sous les régimes autoritaires¹²³ salazariste¹²⁴ et franquiste¹²⁵, la mise en place du *Provedor de Justiça* portugais et du Défenseur du Peuple espagnol lors du retour de la démocratie de l'autre côté des Pyrénées se trouve, en effet, à l'origine d'un renouvellement du modèle scandinave de

¹²¹ Sur cette institution créée en 1957, v. par ex. R. Kraehe, « Le Délégué parlementaire à la défense du Bundestag », *R.D.P.*, 1966, p. 545).

¹²² Pour une étude exhaustive de l'institution de l'ombudsman militaire, v. spéc. J.M. Peñarrubia Iza, *Ombudsman Militar y Defensor del Pueblo. Estudio de Derecho comparado y español*, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2001.

¹²³ Toutes deux mises en place au cours des années 1930 dans des contextes sensiblement différents (tandis que l'apparition de la dictature portugaise en 1933 s'inscrit dans un climat d'instabilité gouvernementale chronique, l'instauration de la dictature franquiste en 1939 est une conséquence directe de la victoire du camp nationaliste lors de la guerre civile espagnole), les dictatures portugaise et espagnole sont classiquement rattachées à la catégorie des régimes autoritaires. En effet, si des doutes ont pu être exprimés quant au caractère totalitaire de ces deux régimes, en particulier s'agissant de la dictature franquiste (pour des auteurs assimilant le franquisme à un régime totalitaire, v. spéc. : R. Morodo, *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 27 et 33 ; F. Peyrègne, *L'Espagne du XXe siècle : le franquisme*, Ellipses, Paris, 2000, p. 28), il semble évident que les signes distinctifs du totalitarisme, à savoir l'existence d'une idéologie officielle, la mise en place d'un parti unique de masse et d'une police au service de ce parti, ainsi que la volonté d'un contrôle absolu de la société, font largement défauts (Sur les signes distinctifs du totalitarisme, v. : H. Arendt, *Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme*, Editions du Seuil, 1972 ; J. Ferrando Badía, *Del autoritarismo a la democracia*, Ediciones RIALP S.A., Madrid, 1987, p. 3 ; J.-P. le Goff, *La démocratie post-totalitaire*, La découverte, Paris, 2003, p. 9 ; C. Polin, *Le totalitarisme*, Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1982, pp. 5-37). En ce sens que le salazarisme et le franquisme se sont « contentés » d'une concentration du pouvoir sans tenter de contrôler la vie sociale dans ses moindres détails au moyen d'une idéologie et d'un parti de masse (sur ce point, v. par ex. C. Polin, *Le totalitarisme*, op. cit., pp. 39-48). Aussi ces deux systèmes politiques doivent-ils être considérés comme des régimes autoritaires, c'est-à-dire des systèmes étatiques dans lesquels il existe une hypertrophie de l'autorité érigée en valeur suprême ainsi que l'interdiction de l'expression publique d'un *dissensus* (Ph. Braud, *Sociologie politique*, L.G.D.J., Paris, 10^{ème} éd., 2011, p. 738). En d'autres termes, une « forme d'organisation de la société basée sur une concentration du pouvoir dans les mains d'une personne ou d'un groupe réduit de personnes qui prèchent leur supériorité vis-à-vis des autres membres du corps social, produisant une dissociation totale entre les gouvernants et les gouvernés » (J.F. Merino Merchán, M. Pérez-Ugena Coromina et J.M. Vera Santos, *Lecciones de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 50).

¹²⁴ La dictature salazariste doit être entendue comme incluant non seulement la période au pouvoir d'António de Oliveira Salazar, mais également celle de Marcelo Caetano. En effet, malgré la destitution de Salazar en 1968, la dictature autoritaire portugaise perdure jusqu'en 1974 sous la coupe de Caetano (sur le régime autoritaire portugais, v. not. : P. Fryer et P. McGowan Pinheiro, *Le Portugal de Salazar*, Ruedo Ibérico, Paris, 1963 ; J. Georgel, *Le salazarisme, histoire et bilan (1926-1974)*, Editions Cujas, Paris, 1981 ; C. Rudel, *Salazar*, Mercure de France, Paris, 1969 ; M. Soares, *Le Portugal bâillonné. Un témoignage*, trad. E. Bailby, Calmann – Lévy, Paris, 1972).

¹²⁵ Sur la dictature espagnole, v. en part. : J. Ferrando Badía, *El regimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Tecnos, Madrid, 1984 ; J. Georgel, *Le Franquisme, histoire et bilan (1939-1969)*, Editions du Seuil, Paris, 1970 ; G. Hermet, *L'Espagne de Franco*, Armand colin, Paris, 1974 ; F. Peyrègne, *L'Espagne du XXe siècle : le franquisme*, op. cit. ; J. Tusell, *La dictadura de Franco*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

l'ombudsman en autorité spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux¹²⁶. Le bouleversement n'est certes pas total dans la mesure où l'objet privilégié du contrôle opéré par les *ombudsmen* ibériques demeure, à l'instar du modèle scandinave, l'administration. Mais si l'objet du contrôle demeure identique, sa finalité, en revanche, diffère sensiblement puisqu'à une simple fonction de surveillance de l'administration aux fins de résolution des hypothèses de « maladministration » se substitue une fonction privilégiée de défense des droits fondamentaux. De toute évidence, ce mouvement de spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits et libertés ne saurait être compris indépendamment de la spécificité du contexte de mise en place de l'institution. A savoir que les dirigeants politiques portugais et espagnols de la fin des années 1970, conscients qu'il ne sera pas suffisant de repenser les valeurs attachées aux droits fondamentaux sur un plan strictement juridique pour en assurer l'effectivité pratique¹²⁷, entrevoient dans l'institution de l'ombudsman un mécanisme susceptible de contribuer à l'ancrage de l'Etat de droit et, partant, de faciliter le processus de transition démocratique¹²⁸. C'est pourquoi, parallèlement à

¹²⁶ Si certains auteurs espagnols entendent déceler des précédents du Défenseur du Peuple à travers les institutions du *Sahib Al Mazalin* de l'Espagne musulmane ou, encore, le *Justicia mayor* d'Aragon du XIII^{ème} siècle (en ce sens, v. par ex. : O. Alzaga, *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 351 ; A. Pérez Calvo, « Artículo 54. El Defensor del Pueblo », in O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996, p. 500), la grande majorité de la doctrine semble unanime pour affirmer qu'il n'existe aucun lien direct entre ces institutions et que la mise en place d'un ombudsman spécialisé en Espagne, à la sortie de la dictature franquiste, constitue une innovation à part entière (v. entre autres : V. Fairén Guillén, *El Ombudsman Parlamentario en Finlandia (Eduskunnan Oikeusasiamies)*, Espasa Calpe, Madrid, 1984, p. 7 ; A. Mora, *El libro del Defensor del pueblo*, op. cit., p. 21). En effet, qu'il s'agisse du *Sahib Al Mazalin*, nommé par le Sultan en vue d'« *exercer les fonctions d'une sorte de juge chargé d'entendre et de statuer sur les plaintes déposées pour atteinte à un privilège ou pour offense de l'autorité et des employés publics* » (A. Mora, op. cit., p. 21) ou du *Justicia Mayor*, installé par la noblesse aragonaise en vue de sauvegarder ses privilèges face aux interprétations des légistes et des juges au service du roi (sur ce point, v. Y. Rodriguez, « Le "Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *R.I.D.C.*, 1982, n° 4, p. 1226), de tels organes accusent d'importantes différences avec l'ombudsman spécialisé, en particulier le *Justicia mayor* d'Aragon dont les décisions étaient revêtues d'une force contraignante.

¹²⁷ Déplorables illustrations du postulat selon lequel « *tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser* » (Ch. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Classiques Garnier, Tome 1, Livre XI, Chapitre 6), Salazar et Franco ont non seulement fait preuve d'une indifférence totale à l'égard des droits de l'homme, mais également vis-à-vis de leurs mécanismes de garantie, plongeant ainsi les portugais et les espagnols dans une servitude longue de près d'un demi-siècle. Le Portugal et l'Espagne, pour reprendre le mot de Mario Soares, ont vécu « *bâillonné[s]* » (M. Soares, *Le Portugal bâillonné. Un témoignage*, op. cit.) durant près d'un demi-siècle, seul moyen pour Salazar et Franco de s'assurer de l'anéantissement de toute forme d'opposition et de l'usage personnel du pouvoir. Il s'ensuit qu'à la sortie de la dictature, les droits et libertés, tout en étant juridiquement consacrés ou en cours de l'être, selon le moment où l'on se place dans le processus de transition démocratique, se révèlent être globalement inconnus de la société civile et étatique et, dès lors, nécessairement délicats à acclimater. Le contexte dictatorial encore très récent impliquant, notamment, que « *le processus d'évolution vers la démocratie est souvent remis en cause* » (P. Leroy, *Les régimes politiques du monde contemporain*, P.U.G., Le droit en plus, Grenoble, 1992, p. 101), et ce quand bien même la norme constitutionnelle se trouve adoptée et promulguée. La tentative de coup d'Etat militaire intervenue le 23 février 1981 en Espagne, également connue sous le nom du 23-F, en est une manifestation concrète. Elle rappelle combien « *la démocratie et la liberté sont aussi fragiles que rares: elles sont à la merci du premier viol* » (A. Fontaine, *Le Dernier Quart du siècle*, Fayard, Paris, 1976, p. 268). De sorte que, si la démocratie semble effectivement présenter ce caractère irrésistible que lui attribue Alexis de Tocqueville (à travers son œuvre majeure, *De la démocratie en Amérique*, publié en deux tomes en 1835 et 1840, Alexis de Tocqueville met en évidence la tendance inéluctable de la société américaine à se diriger vers un système démocratique), la tâche qui attend le Portugal et l'Espagne s'annonce titanesque.

¹²⁸ Sur la transition démocratique au Portugal, v. par ex. : R. Garnier, *La démocratie portugaise*, thèse dactylographiée, Université Panthéon Sorbonne, 2001, pp. 102-142 ; J. Durão Barroso, « O Processo de democratizaçõ : uma tentativa de interpretação a partir de uma perspectiva sistématica », in M.B. Coelho

la mise en place de mécanismes juridictionnels de garantie, dont un système de justice constitutionnelle extrêmement perfectionné, ils s'approprient le modèle scandinave de l'ombudsman en lui octroyant une fonction originale de défense des droits et libertés constitutionnellement garantis. Proche des réalités sociales et du citoyen, connue pour son action rapide, souple et dénuée de tout formalisme, cette institution, dépourvue de tout lien avec les régimes précédents et porteuse d'une vertu pédagogique de sensibilisation de l'administration publique aux exigences de l'Etat de droit, apparaît en mesure d'assurer la défense des principes d'inspiration libérale et, dès lors, d'en faciliter l'implantation.

52. Précurseurs de cette approche renouvelée de l'institution, les pays ibériques seront suivis, quelques années plus tard, par la plupart des pays d'Amérique latine et d'Europe de l'est qui, confrontés à un contexte post-dictatorial similaire à celui du Portugal et de l'Espagne de la fin des années 1970, réceptionneront le modèle de l'ombudsman spécialisé afin de l'associer à leur tour au processus de transition démocratique¹²⁹. Le champ de la comparaison pourrait, par conséquent, être étendu aux *ombudsmen* des pays d'Amérique latine et d'Europe de l'est. Pour autant, à étendre excessivement le champ géographique de la comparaison, la recherche entreprise risque de perdre en profondeur. De sorte que si les *ombudsmen* des pays d'Amérique latine et d'Europe de l'est pourront parfois servir de point de référence, les exemples portugais et espagnol resteront privilégiés. Tous deux mis en place il y a plus de trente ans¹³⁰, le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple offrent le recul nécessaire, non seulement en vue de porter un jugement objectif sur la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, mais également pour éclairer l'observateur français quant au devenir potentiel du Défenseur des droits. Et ce d'autant plus que l'institution française s'inspire explicitement du modèle ibérique de l'*human rights ombudsman*.

(Coord.), *Portugal - O Sistema Político e Constitucional*, Instituto de Ciências Sociais. Universidad de Lisboa, 1989, p. 39 ; K. Maxwell, « El derrocamiento del regime, y las perspectivas de la transición democratica en Portugal », in G. O'Donnell, P.C. Schmitter et L. Whitehead (Compiladores), *Transiciones desde un gobierno autoritario. Tome 1 : Europa meridional*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, p. 165. Sur la transition démocratique en Espagne, v. entre autres : *L'Espagne Démocratique, Pouvoirs*, 1978, n° 8 ; E. Bailby, *L'Espagne vers la démocratie*, Gallimard, Paris, 1976 ; S. Carrillo, *Memoria de la Transición. La vida política española y el PCE*, Ediciones Grijalbo, S.A., Barcelona, 2^{ème} éd., 1983 ; S. Desazars de Montgailhard, *La transition démocratique en Espagne : le pari du centre*, Ophrys, Centre de recherche sur la péninsule ibérique à l'époque contemporaine, Toulouse, 1995 ; J. Ferrando Badía, *Del autoritarismo a la democracia, op. cit.*, pp. 59-184 ; L. García San Miguel, *Teoria de la transición, Un análisis del modelo español, 1973-1978*, Editora nacional, Madrid, 1981 ; M. Goulemot Baeso, *L'Espagne de la mort de Franco à l'Europe des douze*, Minerve, coll. Voies de l'histoire, 1986 ; R. Morodo, *La transición política, op. cit.* ; J. Rony, *La lente rupture. L'Espagne entre le franquisme et la démocratie*, Editions sociales, Paris, 1977 ; E. Múgica Herzog, « Memoria de la Transición política », in *España en la memoria de tres generaciones*, Editorial Complutense, Madrid : Fundación largo caballero, 2007, p. 120.

¹²⁹ En ce sens, v. l'annexe 1.

¹³⁰ Au Portugal, le *Provedor de Justiça*, Initialement créé par le décret-loi du 21 avril 1975 (Décret-loi n° 212-75, D.G. Série I du 21 avril 1975, p. 606), est consacré à l'échelon constitutionnel dès l'adoption de la Constitution du 2 avril 1976. En Espagne, le Défenseur du Peuple est créé à l'occasion de l'adoption de la Constitution du 27 décembre 1978.

b. La filiation entre le Défenseur des droits et les ombudsmen ibériques

53. Inspiré, au terme du rapport remis par le Comité Balladur au chef de l'Etat, par le succès rencontré en Espagne par le Défenseur du Peuple¹³¹, le Défenseur des droits entretient un lien de parenté indiscutable avec le modèle ibérique, spécialement espagnol¹³², de l'ombudsman spécialisé. Revendiquée par le Comité Balladur, la filiation ibérique se retrouve au sein de l'étude d'impact annexée au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, laquelle consacre de nombreux développements au Défenseur du Peuple espagnol et au *Provedor de Justiça* portugais¹³³.

54. Or, cette volonté des dirigeants politiques français de s'aligner sur le modèle ibérique de l'ombudsman, soutenue par l'ancien Médiateur de la République¹³⁴, conforte le choix des pays objets de la comparaison. Car, à la vérité, une entreprise de comparaison ne saurait, par définition, se faire qu'entre des entités comparables¹³⁵. Ainsi que le fait très justement remarquer le professeur Catherine Valcke, « *en droit, comme d'ailleurs dans d'autres champs d'étude, la comparaison n'est possible que si les termes à comparer font état d'une interface, si minime soit elle, c'est-à-dire s'ils présentent une dimension commune située à un degré d'abstraction plus élevé que celui sur le plan duquel ils se différencient. Sans cet élément commun, les termes à comparer se font incommensurables et leur comparaison devient impossible* »¹³⁶. En somme, les objets comparés ne doivent pas être sans commune mesure mais, au contraire, présenter un « *degré de "communicabilité"* »¹³⁷ suffisant, ce qui semble être le cas s'agissant du *Provedor de Justiça*, du Défenseur du Peuple et du Défenseur des droits.

55. Certes, d'aucuns considèrent que la différence de contexte de mise en place du Défenseur français par rapport à ses homologues ibériques rend le recours à la démarche comparatiste relativement inopérant. C'est, par exemple, le cas du professeur Wanda Mastor qui, constatant la particularité du contexte postfranquiste de la création du Défenseur du

¹³¹ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, op. cit., p. 92.

¹³² Pour une approche approfondie de cette question, v. spéc. D. Gély, « Le Défenseur du Peuple espagnol en modèle », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1481.

¹³³ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, septembre 2009, pp. 23-24 et 62-63, [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr].

¹³⁴ Dans son rapport d'activité pour l'année 2007, le Médiateur de la République soulignait, en effet, « *l'importance de mettre en place des structures relativement identiques d'un pays à l'autre, de façon à créer et entretenir une dynamique indispensable dans une société devenue transnationale et transculturelle* » (*Rapport annuel 2007*, [en ligne]. Disponible sur [www.ladocumentationfrancaise.fr].

¹³⁵ En ce sens, v. L. Favreau, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, p. 66.

¹³⁶ C. Valcke, « "Droit" : réflexions sur une définition aux fins de comparaison », op. cit., p. 109. Dans un sens contraire, toutefois, le professeur Pierre Legrand écrit : « *Affirmer que des droits sont incommensurables ne signifie [...] pas qu'ils sont incomparables* » (« La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », op. cit., p. 240).

¹³⁷ L'expression est empruntée au professeur Fabrice Melleray (« L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *R.F.D.A.*, 2001, p. 1089).

Peuple, conclut que le terrain de la réforme n'est « *absolument pas comparable* »¹³⁸. Animée, entre autres, par un souci de rationalisation du système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits et libertés, la création du Défenseur des droits procède, en effet, d'une rupture du lien qui existait jusqu'à présent entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la volonté de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit¹³⁹.

56. Pour autant, une telle différence de contexte ne saurait remettre en cause la pertinence de la démarche comparatiste qu'entend poursuivre cette recherche. Outre le fait qu'« *entre deux cultures, entre deux espèces vivantes aussi voisines qu'on voudra les imaginer, il y a toujours un écart différentiel, et que cet écart différentiel ne peut pas être comblé* »¹⁴⁰, comparer des objets comparables suppose, évidemment, que ces objets soient suffisamment proches, mais également suffisamment distincts pour que la comparaison soit utile¹⁴¹. Il convient d'ailleurs de constater que, parmi les différentes méthodes comparatives existantes¹⁴², certaines soutiennent qu'il ne peut y avoir de comparaison que des différences. Déjà pointée du doigt par le sociologue allemand Max Weber¹⁴³, la nécessité d'insister sur les différences davantage que sur les similitudes est très clairement défendue par le professeur Pierre Legrand¹⁴⁴. De sorte que, si l'on ne saurait nécessairement adhérer à l'idée selon laquelle « *la comparaison de deux éléments doit logiquement impliquer leur différence et nier leur identité* »¹⁴⁵, l'existence de différences entre les objets comparés est loin de constituer un obstacle à l'entreprise de comparaison. Elle permet, au contraire, de nourrir celle-ci. C'est pourquoi la différence de contexte de mise en place, d'un côté, des *ombudsmen* ibériques et, d'un autre côté, du Défenseur des droits n'empêche pas la comparaison et doit nécessairement être prise en considération dans le cadre de cette étude.

¹³⁸ W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnalisée ? », in A.-M. Tournepiche et J.-P. Marguénaud (Dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Litec, Colloques et débats, vol. 30, 2010, p. 120.

¹³⁹ En ce sens, v. l'annexe 1.

¹⁴⁰ C. Lévy-Strauss (Dir.), *L'identité*, P.U.F., Paris, 1983, p. 331.

¹⁴¹ En ce sens, v. M.-L. Izorche, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *op. cit.*, p. 291.

¹⁴² Pour des études approfondies sur la méthode comparative, v. not. : R. Cassin, « Droits de l'homme et méthode comparative », *op. cit.*, p. 449 ; L.-J. Constantinesco, *Traité du droit comparé, vol. II. La méthode comparative*, Paris, 1979 ; M.-L. Izorche, *op. cit.*, p. 289 ; B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *R.I.D.C.*, 2005, n° 1, p. 29 ; M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *op. cit.*, p. 7.

¹⁴³ Selon Max Weber, « *Une étude comparative ne devrait pas avoir pour but de trouver des analogies et des parallèles comme le font ceux qui sont absorbés par l'entreprise aujourd'hui à la mode de construction de schèmes généraux de développement. L'objectif devrait plutôt être précisément l'opposé : identifier et définir l'individualité de chaque développement, les caractéristiques qui ont conduit celui-ci à conclure d'une manière si différente de celui là. Ceci fait, on peut ensuite déterminer les raisons ayant mené à ces différences* » (*The agrarian sociology of ancient civilizations*, trad. R.I. Frank, New Left Books, Londres, 1976, p. 385. (d'abord publié en allemand en 1909, cité par P. Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *op. cit.*, p. 334).

¹⁴⁴ Pierre Legrand écrit en ce sens : « *Deux feuilles de peuplier sont toujours différentes aussi faible que soit leur différence. Il en va ainsi de deux règles de droit, de deux phénomènes juridiques, leurs différences rendant raison de leurs situations distinctes dans l'espace et dans le temps. Le respect de la réalité qu'il a pour tâche de tenter de re-présenter commande donc au comparatiste d'accorder priorité à la différence, qu'il lui incombe de caractériser, d'articuler et de justifier tout en résistant à la tentation, souvent puissante, de construire des similitudes inévitablement superficielles* » (« Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *op. cit.*, p. 328).

¹⁴⁵ *Ibid.*

3. La nécessaire prise en considération de la différence de contexte de mise en place des *ombudsmen* ibériques et du Défenseur des droits

57. Contrairement au Portugal et à l'Espagne où « *la naissance de l'institution s'est produite quand s'est initiée une étape de la vie démocratique après une large période autoritaire* »¹⁴⁶, la réception de l'ombudsman spécialisé par la France, on le sait, s'inscrit dans un contexte radicalement étranger à celui d'une transition démocratique. Or, une telle différence de contexte ne va pas sans se répercuter sur la configuration de l'institution française. En dépit des nombreuses similitudes qu'il partage avec le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple, lesquels se présentent, pour ainsi dire, comme des jumeaux, le Défenseur français accuse, en effet, des différences notables avec ses homologues portugais et espagnol. Conçu comme une copie conforme du modèle ibérique de l'ombudsman par le Comité Balladur, le Défenseur des droits, au fur et à mesure de son élaboration, s'est peu à peu éloigné de ce modèle de référence. Le constituant et le législateur français, libérés des exigences inhérentes à celles d'un contexte de transition démocratique, ont tout simplement accordé moins d'attention à l'institution nouvellement mise en place que les dirigeants politiques portugais et espagnols de la fin des années 1970¹⁴⁷.

58. Fort d'un tel constat, il ne saurait être question, contrairement à ce que préconise Basil Markesinis, de « manipuler » les systèmes juridiques afin de camoufler les différences qui les affectent¹⁴⁸. Une telle démarche attenterait inévitablement à l'intégrité de la recherche comparative¹⁴⁹. Au contraire, l'essai de théorisation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux proposé par cette étude ne peut être mené à bien qu'en tenant compte à la fois des analogies et des différences que présentent le Défenseur du Peuple, le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits. Chaque droit national étant le produit de l'histoire et de la réalité sociale de son pays, « *toute tentative de généralisation doit prendre garde des contingences nationales* »¹⁵⁰. « *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* » écrivait Pascal¹⁵¹. Reconnaître les différences que présentent les *ombudsmen* portugais, espagnol et français se révèle effectivement indispensable afin de proposer une approche comparative de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux la plus honnête possible sur le plan intellectuel. Aussi conviendra-t-il de s'efforcer de surmonter la « *répugnance singulière à*

¹⁴⁶ M. Dapena Baqueiro, *Ley orgánica del Defensor del Pueblo (« ombudsman »)*, Instituto Nacional de Prospectiva, Cuadernos de documentación 1, 1980, p. 12.

¹⁴⁷ En ce sens, le sénateur Hugues Portelli rapportait, à l'occasion d'un colloque sur le Défenseur des droits tenu à l'Université Panthéon-Assas le 27 mai 2011, que le Défenseur des droits, à l'inverse de la question prioritaire de constitutionnalité, par exemple, n'a guère suscité l'intérêt des parlementaires à l'occasion du débat constituant.

¹⁴⁸ Rapporté par P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 222. Dans un sens similaire, les juristes Konrad Zweigert et Hein Kötz considèrent que « *les droits sont similaires, y compris dans le détail, à telle enseigne que le comparatiste qui conclurait à des différences importantes entre les droits devrait se tenir sur ses gardes : ou bien il aurait mal formulé la question marquant le point de départ de sa recherche ou bien il n'aurait pas suffisamment approfondi sa réflexion* » (*Ibid.*, p. 221).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 222.

¹⁵⁰ D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵¹ Pascal, *Pensées*, t. III, 8, VI, 6.

penser la différence, à décrire des écarts et des dispersions, à dissocier la forme rassurante de l'identique »¹⁵².

59. Pour ce faire, la prise en considération du contexte extra-juridique de mise en place des *ombudsmen* nationaux objets de la comparaison, à commencer par la rupture du lien jusque là existant entre spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et transition démocratique, à laquelle participe le Défenseur des droits, apparaît indispensable. Ainsi que le souligne le professeur Pierre Legrand, « *la différence, le comparatiste la constatera et l'appréciera d'autant plus qu'il acceptera d'aborder le droit en tant que celui-ci participe d'une culture, c'est-à-dire à partir du moment où il se montrera disposé à remplacer l'idée (limitée, étriquée) de "droit (positif)" par celle (ouverte, ample) de "jurisculture" »¹⁵³. Parce que seule une approche de type culturaliste permet de pénétrer sous la surface formelle des textes juridiques et, partant, de fournir « *une interprétation elucidant le droit afin d'en arriver à mieux s'y entendre »¹⁵⁴, il est effectivement essentiel, pour qui entend comparer différents systèmes juridiques, de s'imprégner de l'arrière plan historique, économique, social de chacun desdits systèmes. Indispensable, le recours à l'interdisciplinarité¹⁵⁵, c'est-à-dire à des connaissances d'ordre historique, politique, philosophique ou, encore, socio-économique est la seule façon de s'enquérir de la « *dimension muette »¹⁵⁶ des droits étrangers. Et la remarque s'exprime avec une acuité particulière s'agissant d'une institution telle que l'ombudsman dans la mesure où « *l'appréciation de la signification exacte d'une "conversion" à l'ombudsman ne saurait se faire indépendamment du contexte économique et social dans laquelle elle se fait »¹⁵⁷.****

60. Le contour de la recherche ainsi établi, on est désormais en mesure d'apprécier l'intérêt de réaliser une étude consacrée à la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel franco espagnol portugais.

§ 2. L'intérêt de la recherche

61. Principalement deux facteurs justifient de mener une recherche sur la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel à travers l'exemple de l'ombudsman spécialisé : d'un côté, la nouveauté que constitue le Défenseur des droits au sein du système juridique français associée au désintérêt relatif de la doctrine vis-à-vis de cette nouvelle institution (A) et, d'un autre côté, le rôle incontournable de cette forme de protection au sein de nos systèmes juridiques contemporains (B).

¹⁵² M. Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969, p. 21.

¹⁵³ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 228.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 229.

¹⁵⁵ Sur ce point, v. P. Legrand, « Comparer », *op. cit.*, pp. 290 -293.

¹⁵⁶ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, p. 106.

¹⁵⁷ A. Legrand, « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *op. cit.*, p. 853. Dans un sens similaire, v. R. Bousta, « Contribution à une définition de l'ombudsman », *op. cit.*, p. 391.

A. Une question d'actualité délaissée par la doctrine

62. Se proposant de regrouper un certain nombre d'autorités administratives indépendantes à compétence sectorielle au sein d'une structure unique, la récente introduction du Défenseur des droits au sein de l'ordonnancement juridique français, à l'origine d'un sensible remaniement du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits et libertés, érige, à n'en pas douter, la question de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en sujet d'actualité de premier plan.

63. Pourtant, il faut bien reconnaître que l'institution nouvellement mise en place n'a guère suscité l'intérêt de la doctrine. En dépit de quelques études, généralement peu enthousiastes au sujet de l'innovation introduite, consacrées à la nouvelle institution française¹⁵⁸, la création du Défenseur des droits s'est trouvée quelque peu éclipsée par la fameuse question prioritaire de constitutionnalité. Autre grand volet de l'entreprise de renforcement de la protection des droits fondamentaux poursuivie par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la question prioritaire a, en effet, largement retenu l'attention des commentateurs¹⁵⁹, reléguant, par là-même, la question du Défenseur des droits au second plan.

¹⁵⁸ En ce sens, v. : Le Défenseur des droits, *R.F.A.P.*, 2011, n° 139 ; F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *R.F.D.A.*, 2011, p. 913 ; L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2011, n° 205, p. 5 ; J. Daniel et M. Bailly, « Le Défenseur des droits », *J.C.P. S.*, 2011, n° 27, 1320 ; S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 499 ; O. Dord, « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *A.J.D.A.*, 2011, p. 958 ; Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2009, n° 212, p. 4 ; A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre pouvoir ou alibi ?*, Mémoire de Master 1, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009 ; A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *R.J.O.*, 2009, n° 4, p. 443 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », in F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (Dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 2008, p. 1681 ; E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *D.A.*, 2011, n° 8, étude n° 16 ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.* ; R. Noguellou, « Le Défenseur des droits », *D.A.*, février 2011, p. 3 ; C. Teitgen-colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *Petites affiches*, 2008, n° 254, p. 125 ; M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *Petites affiches*, 2008, n° 97, p. 87 ; « Il est né le Défenseur des droits. – A propos des lois du 29 mars 2011 », *J.C.P. G.*, 2011, p. 823 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *D.*, 2011, p. 1027 ; « Le nouveau "défenseur des droits" », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 241, p. 2.

¹⁵⁹ Le volume des contributions doctrinales consacrées à la question prioritaire de constitutionnalité est d'ores et déjà impressionnant. Parmi cette littérature abondante, le lecteur pourra utilement se référer à : R. Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2008, p. 39 ; R. Badinter, D. le Prado, C. Charrière-Bournazel et B. Chaton, « La question prioritaire de constitutionnalité en débat », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 20 ; P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *R.F.D.A.*, 2009, p. 1107 ; « Premières questions, premières précisions », *R.F.D.A.*, 2010, p. 679 ; M. Guillaume, « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2010, n° 38, p. 3 ; B. Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *J.C.P. G.*, 2009, n° 52, p. 54 ; « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *J.C.P. G.*, 2010, n° 44, p. 2038 ; « Un état des lieux sans concession. A propos du rapport d'évaluation de la QPC du 5 octobre 2010 », *J.C.P. G.*, 2010, n° 47, p. 2152 ; A. Roblot-Troizier, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *A.J.D.A.*, 2010, p. 80 ; B. Stirn, « QPC – Six mois et déjà un nom », *J.C.P. G.*, 2010, n° 38, p. 1762 ; L. Vallée, « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1585 ; M. Verpeaux, « Le Conseil constitutionnel juge de la question

64. Dans ces conditions, l'étude de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à travers l'exemple du Défenseur des droits, principal organe non juridictionnel de garantie en France, apparaît tout à fait bienvenue. Et ce d'autant plus que le relatif désintérêt pour l'institution de l'*human rights ombudsman* des auteurs qui écrivent sur le droit n'est pas propre à la France. Si le voisin espagnol semble échapper à cette problématique, le Portugal, en revanche, accuse un déficit de littérature évident au sujet du *Provedor de Justiça*. Hormis la production de quelques études scientifiques, au demeurant particulièrement exhaustives, publiées sous le patronage de l'institution¹⁶⁰, on dénombre, en effet, très peu d'articles de doctrines consacrés à l'institution portugaise¹⁶¹. Fermement condamnée par certains auteurs¹⁶², une telle désaffection de la doctrine portugaise vis-à-vis du *Provedor de Justiça* confirme, à son tour, l'intérêt de la présente étude.

65. Mais c'est avant tout la place incontournable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux au sein de nos systèmes juridiques contemporains qui justifie l'opportunité de la recherche entreprise.

B. Une protection incontournable

66. Compte tenu de la justification originelle du recours à l'*human rights ombudsman*, à savoir faciliter l'acclimatation des valeurs de l'Etat de droit, en tête desquelles les droits et libertés, à la sortie d'une longue période de dictature, affirmer le rôle incontournable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux peut de prime abord paraître surprenant. En ce sens que cette justification originelle, d'une part, n'a plus lieu d'être de l'autre côté des Pyrénées, dans la mesure où l'Espagne et le Portugal ont réussi leur transition démocratique avec succès¹⁶³, d'autre part, demeure totalement étrangère à la France où le

prioritaire de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 88 ; G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 10.

¹⁶⁰ Etudes disponibles en ligne, sur le site internet du *Provedor de Justiça* [www.provedor-jus.pt].

¹⁶¹ Parmi les rares articles de doctrine intéressant le *Provedor de Justiça*, il est possible de citer : F. Alves Correia, « Do Ombudsman ao Provedor de Justiça », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n° especial, 1979, p. 3 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », in M.B. Coelho (Coord.), *Portugal - O sistema político e constitucional*, op. cit., p. 701 ; « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », in J. de Figueiro Dias et alii, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, p. 819.

¹⁶² En ce sens, v. spéc. : V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, op. cit., p. 93 ; H. Nascimento Rodrigues, « Nota introdutória », in *Democracia e Direitos Humanos no século XXI*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, Lisboa, 2003, p. 5.

¹⁶³ Dans la mesure où un lien indéfectible peut être établi entre effectivité de la démocratie et garantie des droits et libertés fondamentaux, l'aboutissement d'un processus de transition démocratique, c'est-à-dire le moment où « l'on peut parler d'une démocratie raisonnablement irréversible » (P. Vilanova, « Espagne, trente ans de démocratie : notes pour un bilan », *Pouvoirs*, 2008, n° 124, p. 9), constitue, en règle générale, un indice fort de l'implantation de l'Etat de droit. En effet, tandis que la démocratie ne saurait exister si les droits et libertés fondamentaux ne sont pas respectés, le régime démocratique se présente comme le seul type de régime politique valable pour l'expression pleine et entière des droits et libertés. En conséquence de quoi l'aboutissement d'un processus de transition démocratique irait de pair avec l'effectivité des droits fondamentaux. Or, en Espagne, le processus transitionnel, régulièrement présenté comme un modèle d'exemplarité, touche à sa fin en 1982 à l'occasion de la victoire du Parti socialiste ouvrier espagnol aux élections législatives. Ces élections, synonymes d'alternance politique, se veulent annonciatrices de l'ancrage définitif de la démocratie dès l'instant où les citoyens, en même temps qu'ils se familiarisent avec les règles du jeu démocratique, se montrent de plus en plus

Défenseur des droits a été mis en place dans un contexte radicalement différent de celui de la péninsule ibérique post-dictatoriale. En conséquence de quoi l'existence d'une telle institution au sein de nos systèmes juridiques contemporains serait frappée d'inanité. A ce titre, certains parlementaires, à l'instar de Robert Badinter¹⁶⁴, n'ont manqué de voir dans l'importation du modèle ibérique de l'ombudsman au sein du système juridique français « *une inconséquence du mimétisme institutionnel ou du comparatisme juridico-politique* »¹⁶⁵.

67. La critique ne semble, pourtant, guère fondée dès lors que la raison d'être de l'ombudsman spécialisé ne saurait se limiter à une seule fonction d'organe au service de la transition démocratique. Au contraire, son existence trouve une justification contemporaine, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, à travers l'insuffisance des mécanismes classiques, tant juridictionnels que non juridictionnels, de garantie. Mise en avant par le

sensibles à l'importance des droits et libertés fondamentaux, notamment en affichant leur opposition aux partis politiques opposés au système démocratique nouvellement établi (V. Pérez-Díaz, *La démocratie espagnole vingt ans après*, Editions complexe, 1996, p. 30). Et ce ne sont pas seulement les citoyens qui se révèlent être attachés aux droits et libertés fondamentaux, mais également les institutions publiques elles-mêmes, dont les mécanismes de protection des droits et libertés commencent à assurer pleinement leur rôle. C'est par exemple le cas du Tribunal constitutionnel qui gagne ses lettres de noblesse en s'érigeant en véritable gardien de la Constitution et, de ce fait, des droits fondamentaux contenus en son titre premier (P. Vilanova, *op. cit.*, p. 13). Au Portugal, le processus de transition démocratique s'avère être une entreprise beaucoup plus délicate à mener à son terme que chez le voisin espagnol (en ce sens, v. P. Bon, « Les révisions de la Constitution portugaise », *Politeia*, 2007, n° 11, p. 255). Ceci tient en particulier au fait que le régime instauré par la Constitution de 1976, résultat d'un improbable accord entre les Forces Armées et les partis politiques, se veut lui-même transitoire (R. Garnier, *La démocratie portugaise*, *op. cit.*, p. 167). Les vestiges de la période révolutionnaire sont légions et la philosophie du texte constitutionnel s'en trouve largement imprégnée (Sur ce point, v. spéc. : B. Gómez Fortes, « La Constitución contorsionista de Portugal », in A. Barreto, B. Gómez Fortes, P. Magalhães (Dir.), *Portugal : democracia y sistema político*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2003, p. 56 ; R. Garnier, *op. cit.*, pp. 147 et ss.). Notamment, les Forces Armées se voient octroyer une place centrale au sein de l'environnement institutionnel et constitutionnel portugais et un Conseil de la Révolution est mis en place. Aussi le régime consacré n'est-il pas pleinement démocratique, mais semi-démocratique, pour reprendre le mot du professeur Richard Gunther (« La democracia portuguesa en perspectiva comparada », in A. Barreto, B. Gómez Fortes, P. Magalhães (Dir.), *Portugal : democracia y sistema político*, *op. cit.*, p. 12). Il faut attendre la révision constitutionnelle de 1982 (loi constitutionnelle n° 1-82 du 30 septembre 1982, *D.R. Série I* du 30 septembre 1982, p. 3137) pour assister à l'aboutissement de la transition démocratique. Celle-ci joue un rôle décisif en la matière en ce que, d'une part, elle supprime le Conseil de la Révolution et « *marque [ainsi] le retour de l'armée dans les casernes* » (P. Bon, « Les révisions de la Constitution portugaise », *op. cit.*, p. 256), et, d'autre part, elle participe à une consolidation sensible des droits fondamentaux. Consolidation se traduisant non seulement sur un plan substantiel, avec l'instauration d'un régime de limitation et de suspension des droits, libertés et garanties plus restrictif, mais également sur un plan procédural avec la création, concomitante à l'extinction du Conseil de la Révolution, d'un Tribunal constitutionnel qui se voit explicitement confier le contrôle de constitutionnalité des lois.

¹⁶⁴ A l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, Robert Badinter rappelait, à la suite de l'ancien Défenseur du Peuple Enrique Múgica Herzog (Audition du 21 mai 2008 par la commission constitutionnelle des lois du Sénat, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.senat.fr>]), que « *dans la Constitution espagnole de 1978, l'instauration du Défenseur du Peuple avait été rendue nécessaire pour une raison simple: le franquisme avait régné sans partage depuis les tristes événements des années 1930, et cela faisait trente ans que l'administration espagnole était entièrement devenue franquiste. En 1978, comme on ne voulait pas purger l'administration, il fallait bien placer face à celle-ci un organe doté de pouvoirs considérables. C'est la raison pour laquelle – raison historique tout à fait particulière – on a créé le Défenseur du Peuple* » (*J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4350).

¹⁶⁵ J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4.

Comité Balladur¹⁶⁶, une telle justification est également celle avancée par la doctrine ibérique la plus autorisée pour justifier le maintien du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple une fois la transition démocratique achevée¹⁶⁷. En somme, à la recherche initiale d'ancrage de l'Etat de droit se substitue un besoin d'approfondissement de celui-ci¹⁶⁸, traduction de l'idée selon laquelle l'Etat de droit est perpétuellement perfectible.

68. Evidemment, l'affirmation selon laquelle les mécanismes classiques de garantie se révèlent insuffisants peut, également, surprendre. « *Par une incitation bien naturelle, le juriste a tendance à considérer que la méthode la plus parfaite pour résoudre les différends sociaux, quels qu'ils soient, est le règlement judiciaire* »¹⁶⁹. Elément de définition de la « *fondamentalité* » sans laquelle les droits fondamentaux ne sauraient véritablement exister¹⁷⁰, la protection juridictionnelle se trouve, en effet, régulièrement présentée comme le mode de contrôle le plus abouti et le plus efficace¹⁷¹.

69. Cette forme de garantie des droits fondamentaux ne saurait pourtant être surestimée. Aussi indispensable soit-elle, la protection offerte par le juge, en dépit d'un perfectionnement constant, demeure affectée d'un certain nombre d'insuffisances et, de ce fait, ne saurait satisfaire l'ensemble des exigences des droits et libertés constitutionnellement consacrés. Insuffisances que l'*human rights ombudsman*, fort d'une configuration institutionnelle lui permettant d'inscrire son action en complémentarité de celle des mécanismes classiques de garantie, est susceptible de pallier. En mesure de proposer un système institutionnel de protection complet, l'ombudsman spécialisé, s'il ne saurait se substituer aux autres organes de garantie, répond, en revanche, à des besoins que ces derniers ne parviennent pas à satisfaire et, ce faisant, contribue activement à la consolidation des droits fondamentaux.

70. La protection non juridictionnelle des droits et libertés ainsi justifiée en raison d'un facteur contemporain commun à la France et la péninsule ibérique, la spécificité du contexte historique de mise en place du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple ne saurait

¹⁶⁶ Ainsi que le rapporte Jean-Christophe Ménard, la proposition n° 76 du Comité Balladur, relative à l'institution d'un Défenseur des droits, procède, en effet, du constat que la Constitution de 1958 n'offre pas de garanties suffisantes en matière de protection des droits et des libertés (*Ibid.*).

¹⁶⁷ En ce sens, v. par ex. : J. Aguilar Fernández-Hontaria, « A propósito del Defensor del Pueblo : los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares », *Administración Pública*, Centro de estudios constitucionales, 1986, n° 109, p. 46 ; F. Alves Correia, « Do Ombudsman ao Provedor de Justiça », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n° especial, 1979, pp. 3 et ss. ; Á. Gil-Robles, « Artículo 54 », in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero et Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 1193 ; « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », in *Libro homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica. Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, p. 242 ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 18 ; F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, Trama editorial, Madrid, 2007, p. 10.

¹⁶⁸ M. le Clainche, « L'ombudsman, cet inconnu », *R.F.A.P.*, 1992, p. 565.

¹⁶⁹ M. Virally, « Préface », in G. Malinverni, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden, Sijthoff, 1974, p. 3.

¹⁷⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 90-95.

¹⁷¹ En ce sens, v. A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 37-38.

permettre de conclure, contrairement à ce que soutient une frange de la doctrine française, à l'inopportunité d'un ombudsman spécialisé en France. Certes, on peut comprendre que la volonté d'intégrer une institution nouvelle sous prétexte qu'elle existe dans certains pays voisins et qu'elle y a fait ses preuves apparaisse aux yeux de certains comme « *un argument d'une faiblesse surprenante* »¹⁷². Mais, dès l'instant où les pays ibériques et la France poursuivent une finalité commune de renforcement de leur système institutionnel de garantie par le prisme de l'ombudsman spécialisé, la référence au modèle ibérique de l'ombudsman pour justifier la mise en place du Défenseur des droits n'est peut être pas aussi axiomatique que certains veulent le laisser entendre¹⁷³. Indépendamment du fait que « *le rejet de principe à l'égard de ce qui "vient d'ailleurs" ne vaut décidément pas* »¹⁷⁴, l'*human rights ombudsman*, en France tout autant que de l'autre côté des Pyrénées, se présente comme une forme de protection non juridictionnelle incontournable.

71. En revanche, nul doute que la différence de contexte de mise en place du Défenseur des droits emporte le risque de voir émerger, en France, un système non juridictionnel de garantie moins aboutie et, par conséquent, moins performant que de l'autre côté des Pyrénées¹⁷⁵. Outre qu'elle influe sur la configuration institutionnelle du Défenseur des droits, la rupture du lien jusque-là existant entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit¹⁷⁶ ne permettra pas à l'institution française de bénéficier du prestige de la mission d'ancrage des droits fondamentaux à la sortie d'une longue période de dictature initialement prise en charge par ses homologues ibériques¹⁷⁷.

§ 3. Problématique et annonce du plan

72. Offrant l'occasion de revisiter, à tout le moins dans ses grandes lignes, la théorie générale de la protection des droits et libertés, la protection non juridictionnelle des droits

¹⁷² W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnalisée ? », *op. cit.*, p. 120.

¹⁷³ Selon Olivier Renaudie, la référence, par le Comité Balladur, au modèle espagnol de l'ombudsman « *plutôt qu'un autre apparaît largement axiomatique dans la mesure où le rapport se contente d'affirmer que le Défenseur du Peuple est un "succès" en Espagne* » (« La genèse complexe du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, pp. 400-401).

¹⁷⁴ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention du Bruno Genevois », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁵ Ainsi que l'écrit Cécile Vigour : « *Il n'est pas rare que la transposition des dispositifs juridiques jugés performants soit évoquée sans que soit réalisée une analyse globale (au sens de mise en perspective du dispositif dans le droit et dans le système judiciaire d'ensemble). Or les principales caractéristiques d'un droit national sont, à bien des égards, interdépendantes les unes des autres. Dès lors, l'extraction d'un seul paramètre, sans considérer les éléments qui lui sont liés, peut ne pas apporter les effets attendus* » (« Faire varier les échelles dans la comparaison », in P. Legrand (Dir.), *Comparer les droits, résolument*, *op. cit.*, p. 347).

¹⁷⁶ En ce sens, v. l'annexe 1.

¹⁷⁷ Le fait que les *ombudsmen* ibériques aient été appréhendés comme des mécanismes au service de la transition démocratique, chargés, à cet effet, de faciliter l'acclimatation des droits et libertés nouvellement garantis par la Constitution, a, en effet, grandement contribué au succès de l'institution auprès de la population espagnole et portugaise (en ce sens, v. par ex. : J.B. Mota Amaral, « Intervenção de abertura », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, *op. cit.*, p. 10 ; A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, *op. cit.*, p. 115). De sorte que si le contexte de mise en place du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple appartient désormais au passé, ce dernier n'en explique pas moins le succès rencontré par l'institution de l'autre côté des Pyrénées.

fondamentaux, telle qu'incarnée, en France et de l'autre côté des Pyrénées, par l'*human rights ombudsman*, se présente, à n'en pas douter, comme une pièce maîtresse de nos systèmes institutionnels contemporains de garantie. Animée par une philosophie distincte de la protection offerte par les autres organes de garantie, spécialement celle du juge, cette forme de protection se révèle, en effet, porteuse d'une valeur ajoutée indiscutable. S'inscrivant en complémentarité de la protection offerte par les instances classiques de protection, l'ombudsman spécialisé se propose, non seulement de pallier les lacunes affectant les autres organes de garantie, mais également de collaborer activement avec de tels organes. En cela, son action participe d'une consolidation indiscutable des droits fondamentaux.

73. Idyllique, le tableau dépeint jusqu'à présent mérite toutefois d'être nuancé. En dépit du caractère incontournable de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé, le lecteur ne doit pas se méprendre sur les virtualités de cette forme de garantie. Ainsi que le soulignent de nombreux auteurs¹⁷⁸, l'*human rights ombudsman* ne constitue pas une panacée susceptible de résoudre l'ensemble des problèmes intéressant la problématique des droits fondamentaux. Salutaire, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, telle que proposée par l'ombudsman spécialisée, ne saurait effectivement être surestimée. Outre qu'elle n'est pas en mesure de se substituer aux traditionnelles voies de protection des droits fondamentaux, cette forme de garantie, non seulement ne permet pas de combler l'ensemble des insuffisances affectant les autres instances de protection, mais, au surplus, souffre elle-même d'imperfections de nature à préjudicier à l'effectivité de sa fonction de sauvegarde des droits de la personne humaine. Particulièrement prononcées en France, où le Défenseur des droits, on le rappelle, se présente, sur certains points, comme une pâle réplique du modèle ibérique dont il entend s'inspirer, de telles imperfections, si elles ne sauraient remettre en cause les avancées rendues possibles par l'ombudsman spécialisé dans le domaine des droits fondamentaux, emportent toutefois le risque de desservir, sur certains points, l'efficacité de ce mode de protection des droits et libertés. Il s'ensuit que la protection non juridictionnelle, bien qu'elle se trouve à l'origine d'avancées indéniables dans le domaine des droits fondamentaux, demeure, à certains égards, perfectible.

74. De ces quelques considérations s'impose, de façon somme toute logique, le plan de l'étude. Indispensable, compte tenu de sa faculté à proposer un système institutionnel de garantie complet (PREMIERE PARTIE), la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux demeure, en raison des insuffisances qui sont les siennes, une protection relative (SECONDE PARTIE).

¹⁷⁸ En ce sens, v. en part. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 238 ; J.L. Cascajo Castro, « Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho : une perspectiva teórica », *R.V.A.P.*, 1989, n° 24, p. 43 ; R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *Documentacion administrativa*, abril-junio 1976, n° 170, p. 111 ; F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ambito de las cominidades autonomas : principales problemas que se plantean », *Las Cortes Generales*, vol. 3, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 2316.

PREMIERE PARTIE
UNE PROTECTION INDISPENSABLE

75. C'est un lieu commun, la seule existence d'un catalogue de droits et libertés, aussi complet soit-il, ne saurait suffire à assurer l'exercice des droits de la personne humaine¹⁷⁹. A la vérité, ce n'est qu'à partir du moment où les droits et libertés se trouvent assortis de mécanismes de protection de nature à en garantir l'effectivité qu'ils peuvent se réaliser¹⁸⁰. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrit le professeur Pierre Bon lorsqu'il affirme que la simple proclamation des droits et libertés « *les laisse à l'état de virtuel. Pour qu'il s'agisse de droits réels et effectifs et non pas de droits formels et virtuels, il faut que la Constitution définisse un certain nombre de règles juridiques et mette sur pied un certain nombre de mécanismes destinés à en garantir le respect* »¹⁸¹. D'un tel constat, il s'ensuit que « *les libertés ne valent en pratique que ce que valent leurs garanties* »¹⁸².

76. Diverses et variées, ces garanties peuvent être regroupées en deux grandes catégories.

¹⁷⁹ Sur ce point, v. entre autres : G. Burdeau, *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 35 ; M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 3, 6 et 8 ; M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 410 ; L.F. Fernández-Villaverde, *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1981, p. 28 ; J. García Morillo, *La protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 18 et 20 ; A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁰ L'Histoire révèle, en ce sens, un trop grand nombre de déclarations de droits violées par le pouvoir politique faute de mécanismes de garantie susceptibles d'en garantir l'effectivité. L'exemple du *Fuero de los españoles*, adopté par le régime franquiste le 17 juillet 1945, en est une illustration éclatante (Sur le *Fuero de los españoles*, le lecteur pourra utilement se référer à A. Sánchez de la Torre, *Comentario al Fuero de los Españoles*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975). Prenant part à un corpus de sept lois fondamentales faisant office de « *cosmétique constitutionnelle de l'autoritarisme* » (A. Bachoud et M-F. Mourier-Martinez, *España, una democracia joven*, MASSON, Coll. « Español moderno », Paris, 1990, p. 27), cette Charte des droits et libertés, à la dénomination profondément « *archaïsante et médiévale* » (R. Morodo, *La transición política*, *op. cit.*, p. 53), ne fut jamais véritablement respectée par la dictature franquiste compte tenu de l'absence de voie de recours en mesure de sanctionner les atteintes susceptibles d'y être portées (En ce sens, v. : Á. Carmona Soto, « *Aislamiento y consolidación del régimen: 1945-1957* », in Diaz Gijon, D. Fernández Navarrete, M.J. González González, P.A. Martínez Lillo et Á. Carmona Soto, *Historia de la España actual, 1939-1996, Autoritarismo y democracia*, Marcial pons, Madrid, 1998, p. 55). Et ce n'est pas le mécanisme du *contrafuero*, consacré par la loi organique du 10 janvier 1967, qui permet d'affirmer le contraire. Prévoyant la mise en place d'un contrôle de conformité des lois aux lois fondamentales, cette voie de droit ne permettait pas de répondre à l'exigence d'impartialité indispensable à l'efficacité de tout contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, le recours en *Contrafuero*, dont l'initiative appartenait exclusivement au Conseil national ou à la Commission permanente des Cortès, était intenté devant le Conseil du royaume qui se contentait de proposer une solution au *Caudillo*, seul compétent pour adopter la décision finale (en ce sens, v. G. Burdeau, *Traité de science politique, tome V, Les Régimes politiques*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 1985, p. 496). En somme, le *Fuero de los españoles* ne constituait, pour reprendre les mots de Roxanne Garnier, qu'une « *vitrine démocratique destinée à masquer la réalité du pouvoir personnel et dictatorial* » (R. Garnier, *La démocratie portugaise*, *op. cit.*, p. 33).

¹⁸¹ P. Bon, « *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen* », *op. cit.*, p. 223.

¹⁸² M. Dran, *op. cit.*, p. 8.

77. D'une part, les garanties juridiques ou normatives, c'est-à-dire les règles de compétence, de procédure ou de fond, à l'instar de la réserve de loi, qui doivent jouer dès lors que les droits fondamentaux sont en cause¹⁸³.

78. D'autre part, les garanties institutionnelles, à savoir la possibilité de demander à des organes, spécialement aménagés pour ce faire, d'assurer le respect des garanties juridiques précédemment évoquées et, par là-même, des droits fondamentaux.

79. Or, c'est précisément à l'aune de cette seconde catégorie de garanties que doit être appréhendé le caractère indispensable de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé. La transition démocratique désormais achevée au sein de la péninsule ibérique, l'ombudsman spécialisé trouve, en effet, une raison d'être contemporaine, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, à travers sa capacité à combler les carences affectant les mécanismes institutionnels, tant juridictionnels que non juridictionnels, classiques de garantie. En ce sens que les traditionnelles voies de recours que sont le juge, le Parlement et les autorités non juridictionnelles disposant d'une seule compétence sectorielle, en dépit d'un perfectionnement constant, ne sauraient à elles seules satisfaire l'ensemble des exigences des droits fondamentaux et, ce faisant, justifient le recours à un organe favorisant, en raison de ses caractéristiques propres, l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits et libertés complet.

80. Evidemment, cette vertu de complémentarité de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie n'est pas propre au modèle de l'*human rights ombudsman*. Ainsi que le rapporte le professeur Álvaro Gil-Robles, les raisons qui ont justifié la réception de l'ombudsman par l'Espagne « *sont les mêmes qui ont justifié son introduction au sein des autres pays européens depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, à savoir lutter contre le déficit d'efficacité des traditionnels systèmes de contrôle des décisions adoptées par les différentes administrations publiques* »¹⁸⁴. Une telle justification prend toutefois une dimension renouvelée s'agissant de l'ombudsman spécialisé en ce qu'elle s'exprime sur le terrain des droits fondamentaux.

81. Afin de rendre compte d'un tel renouvellement, un « état des lieux » des principales imperfections affectant les traditionnelles voies de protection des droits fondamentaux se présente comme un préalable nécessaire. S'inscrivant en réaction aux insuffisances du système institutionnel de garantie des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé ne peut effectivement être compris indépendamment des carences qui sont celles des mécanismes ordinaires de protection (TITRE I). Les insuffisances des traditionnelles voies de recours identifiées, il sera envisageable de s'intéresser à l'apport de l'ombudsman spécialisé au système institutionnel de garantie des droits fondamentaux (TITRE II).

¹⁸³ P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 243.

¹⁸⁴ A. Gil-Robles, « Artículo 54 », *op. cit.*, p. 1193.

TITRE I

L'INSUFFISANCE DU SYSTEME INSTITUTIONNEL CLASSIQUE DE GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

82. « *Le développement de l'ombudsman en quelques années est un bon exemple de mode juridique [...]. Mais, contrairement aux modes vestimentaires, les modes juridiques ne s'expliquent pas par les caprices de quelques créateurs, elles ont des raisons plus profondes* »¹⁸⁵. De toute évidence, ces quelques mots empruntés au Professeur Jean Rivero conduisent à s'interroger sur la justification contemporaine du recours à un *human rights ombudsman*.

83. A la vérité, la raison d'être actuelle de l'ombudsman spécialisé ne saurait être comprise indépendamment des carences affectant le système institutionnel classique de garantie. En ce sens que, si le contexte de transition démocratique propre à l'Espagne et au Portugal de la fin des années 1970 est susceptible d'expliquer l'apparition de l'institution de l'autre côté des Pyrénées, la nécessité contemporaine de cette forme de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, en France aussi bien que sur la péninsule ibérique, doit être appréhendée au regard de l'insuffisance des mécanismes traditionnels de protection. A savoir que la protection des droits et libertés ne serait pas pleinement assurée par les mécanismes classiques de garantie si bien qu'il resterait un domaine d'intervention où l'*human rights ombudsman*, compte tenu de sa capacité à proposer une protection différente de celle des traditionnelles voies de recours, aurait un rôle spécifique à jouer.

84. Attestant de l'idée selon laquelle la spécificité du contexte de mise en place de l'ombudsman spécialisé en Espagne et au Portugal ne saurait permettre de conclure à l'inopportunité d'introduire une institution similaire en France, cette justification contemporaine peut, évidemment, de prime abord surprendre. Tandis que les garanties juridictionnelles demeurent, aux yeux de beaucoup, « *le rempart des libertés le plus efficace* »¹⁸⁶, l'action du juge se trouve suppléée par des organes non juridictionnels de défense des droits fondamentaux, en tête desquels figurent le Parlement et certaines autorités indépendantes sectorielles. Plus largement, il convient de constater, avec Virgilio Zapatero Gómez, que « *dès l'instant où l'ensemble des pouvoirs publics ont pour mission ultime et suprême la défense des droits de l'homme, il est censé de s'interroger sur la justification d'un organe spécialisé tel que le Défenseur du Peuple* »¹⁸⁷.

¹⁸⁵ J. Rivero, « La loi et les droits fondamentaux », in J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris 1991, p. 166.

¹⁸⁶ G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, Sirey université, Paris, 8^{ème} éd., 2009, p. 214.

¹⁸⁷ V. Zapatero Gómez, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 122.

85. Il faut pourtant « *se méfier des prétendues évidences* »¹⁸⁸. *A priori* surprenante (Chapitre 1), l'insuffisance du système institutionnel classique de garantie des droits fondamentaux est, en réalité, avérée. Les traditionnelles voies de recours, aussi indispensables soient-elles, souffrant d'imperfections de nature à préjudicier à l'effectivité des droits fondamentaux (Chapitre 2).

¹⁸⁸ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige, P.U.F., Paris, 1994, p. 229.

Chapitre 1 – Une insuffisance *a priori* surprenante

86. Loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine, l'institution de l'ombudsman est parfois décriée par certains auteurs en raison de son caractère superfétatoire¹⁸⁹. Selon ses détracteurs, cette institution d'origine scandinave n'apporterait rien de plus à nos systèmes institutionnels de garantie, lesquels se distinguent, à l'inverse de la Suède¹⁹⁰ ou du Québec¹⁹¹, en raison d'une protection de l'individu reposant essentiellement sur la figure du juge. Relayées par une partie de la classe politique¹⁹², ces positions doctrinales conduisent, de toute évidence, à s'interroger sur la pertinence de la justification contemporaine de l'ombudsman à l'aune de l'insuffisance des mécanismes classiques de protection des droits fondamentaux.

87. Car, si l'on comprend que le besoin historique d'ancrage de l'Etat de droit à la sortie des dictatures franquiste et salazariste ait rendu nécessaire la mise en place d'une institution nouvelle, dépourvue de tout lien avec les régimes autoritaires précédents, il convient de

¹⁸⁹ On songera notamment à la célèbre prise de position du professeur Roland Drago selon laquelle : « *Le meilleur ombudsman, c'est le Conseil d'Etat* » (in Préface de la thèse d'A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., 1970). Mais également à Nicole Questiaux, considérant qu'« *un ombudsman serait non seulement incompatible avec l'organisation de la justice française mais, de plus inutile : les citoyens reçoivent la meilleure protection possible, ils ne peuvent espérer mieux* » (cité par J. Frayssinet, J.-P. Guin et R. Blum, *Administration et justice administrative face aux administrés*, P.U.F., Paris, 1972, p. 37). Ou, encore, au professeur José Luis Carro Fernandez-Valmayor, qui, sans nier l'utilité tirée de la mise en place d'un ombudsman en Espagne, considère néanmoins que, face aux carences du système judiciaire, « *la solution doit venir en premier lieu de sa réforme en profondeur* » (J.L. Carro Fernandez-Valmayor, « *Defensor del Pueblo y la Administración Pública* », in *Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría, Estudios sobre la Constitución española. La Corona, las Cortes Generales, del gobierno y de la administración pública*, tomo III, Editorial civitas, Madrid, 1991, p. 2671). Sans oublier le professeur Carlos Giner de Grado, lequel se demande « *A quoi peut bien servir l'adjonction d'un organe nouveau quand les trois pouvoirs basiques de l'Etat – le législatif, l'exécutif et le judiciaire – n'ont pas d'autre raison d'être que de protéger les citoyens contre quiconque prétend leur porter atteinte ?* » (*El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Editorial Popular, coll. "Papel de prueba" 23, Madrid, 1986, p. 7).

¹⁹⁰ Alors que l'ombudsman est apparu à un moment où il n'existait pas de contrôle juridictionnel de l'administration, désormais cette institution « *pallie, dans une large mesure, à la mauvaise organisation de la justice administrative, du contentieux administratif, en suède* » (H. Puget, « *Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura* », op. cit., p. 8).

¹⁹¹ Daniel Jacoby et Patrick Robardet soulignent, en effet, que lorsque fut mis en place le Protecteur du citoyen, en 1968, il n'existait pas au Québec de juridictions administratives comparables au Conseil d'Etat et aux tribunaux administratifs français (« *Le Protecteur du citoyen du Québec comme agent de changement* », *R.F.A.P.*, 1992, p. 611).

¹⁹² A l'occasion des débats constitutants relatifs au Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, le député M. Goulard a déposé un amendement de suppression de l'article 31, portant création du Défenseur des droits, au motif que la protection des droits et libertés « *appartient aux juridictions, et instaurer une nouvelle autorité aux contours au demeurant vagues viendrait affaiblir en réalité leur pouvoir en la matière* » (Amendement n° 196 du 19 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr]). De même, en Espagne, lors de la discussion devant le Sénat de l'introduction du Défenseur du Peuple, le professeur Ollero affirme : « *[...] quand il existe une justice administrative et une justice constitutionnelle qui protègent juridiquement le citoyen, avec un système de recours adapté pour faire face aux éventuels abus du pouvoir, la création d'une institution intermédiaire manque de fondement* » (Diario de sesiones del Senado, 31 août 1978, n° 47, p. 2129). L'existence de mécanismes juridictionnels de garantis des libertés est également la raison avancée par le député Luís Catarino pour justifier l'abstention de son parti, le MDP-CDE, lors du choix opéré par le constituant portugais, à l'occasion de l'adoption de la Constitution du 2 avril 1976, de constitutionnaliser l'institution du *Provedor de Justiça* (M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, 2008, p. 14).

reconnaître que les voies de recours traditionnelles, à l'origine d'importantes suspicions lors des transitions démocratiques espagnole et portugaise, compte tenu de leur collaboration avec les régimes antérieurs, se révèlent désormais efficaces et ont prouvé leur attachement non équivoque aux droits de la personne humaine. De même, les lacunes affectant le modèle français de justice constitutionnelle et administrative ont progressivement été balayées par une série de réformes.

88. Ce faisant, la France et les pays ibériques semblent actuellement disposer d'un système de garantie des droits fondamentaux relativement complet au sein duquel le juge, principal acteur (Section 1), voit son action relayée par l'existence de mécanismes non juridictionnels classiques de protection (Section 2). Partant, le maintien du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* sur la péninsule ibérique, une fois la transition démocratique achevée, et la récente introduction d'un Défenseur des droits en France ne manquent pas de surprendre¹⁹³.

Section 1 – Le juge, gardien privilégié des droits fondamentaux

89. Pierre angulaire de l'Etat de droit, le juge, eu égard à son indépendance, son impartialité et, surtout, sa capacité à prononcer l'annulation des actes portant atteinte aux droits fondamentaux, est classiquement appréhendé comme « *le mode de contrôle le plus abouti et le plus efficace* »¹⁹⁴. Parce que, sans sa présence, les droits et libertés sont menacés de rester platoniques, le juge est ainsi érigé au rang de pièce maîtresse du système institutionnel de garantie. Loin de demeurer purement théorique, cette conception du juge gardien privilégié des libertés fondamentales est largement corroborée par le droit positif français et ibérique. Tandis que la garantie juridictionnelle constitue un élément déterminant de la « *fondamentalité* », sans lequel les droits et libertés fondamentaux ne sauraient véritablement exister (§ 1), cette modalité de protection a fait l'objet de développements constants, traduction d'une recherche d'effectivité toujours plus grande des droits de la personne humaine (§ 2). En outre, le juge, à travers son discours, se révèle profondément attaché à la problématique des droits fondamentaux (§ 3).

§ 1. La garantie juridictionnelle, condition d'existence des droits fondamentaux

90. Selon le professeur Véronique Champeil-Desplats, « *le fait que l'effectivité des droits ne puisse être dans tous les cas assurée par le juge ne réduit – contrairement à ce qui est parfois soutenu –, ni la « juridicité » (ou « normativité ») des droits, ni la possibilité d'obtenir leur effectivité par d'autres moyens. La qualité de norme juridique ne dépend pas de la possibilité d'invoquer la norme devant le seul juge. Elle dépend bien plus de l'adoption de la*

¹⁹³ Certains auteurs se sont d'ailleurs risqués à paraphraser le professeur Roland Drago en affirmant que, en France, « *le meilleur défenseur des droits ou, en tout cas, "du" droit, c'est le juge administratif mais aussi, et surtout, judiciaire* » (S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 514).

¹⁹⁴ A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 37.

norme par une autorité compétente dans un système juridique donné »¹⁹⁵. L'affirmation ne semble souffrir d'aucune contestation. En effet, il est classiquement admis en droit positif qu'une norme, entendue comme « la signification d'une proposition indiquant un modèle de conduite sur un mode impératif »¹⁹⁶, obtient la qualité de règle de droit en raison de sa seule appartenance au système juridique¹⁹⁷. Soit que cette norme ait été directement édictée par l'Etat, en vertu de son pouvoir normatif, soit que, bien qu'extérieur à l'Etat, elle ait été adoptée sur le fondement d'une norme Etatique¹⁹⁸.

91. Il n'en demeure pas moins vrai que « le droit et la loi n'acquièrent leurs véritables signification et force qu'à l'instant où ils trouvent à leur disposition un juge en vue de leur réalisation. En son absence ils ne resteront que trop souvent lettre morte. Il manque le nécessaire lien entre eux et la vie »¹⁹⁹. Or, ce lien étroit entre le juge et le droit s'exprime avec une acuité particulière dans le domaine des droits fondamentaux. En tant que permissions juridiques de valeur supralégislative, les droits fondamentaux ne sauraient par définition exister sans la présence d'un organe juridictionnel habilité à sanctionner les atteintes qui leur sont portées²⁰⁰, leur caractère fondamental résidant précisément « dans l'existence d'un contrôle juridictionnel permettant de faire prévaloir le droit sur la loi »²⁰¹. Plus qu'un corollaire indispensable²⁰², la justiciabilité se présente, dès lors, comme un élément constitutif des droits fondamentaux. La doctrine n'est toutefois pas unanime sur ce point.

¹⁹⁵ V. Champeil-Desplats, « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris X, 2008, p. 25.

¹⁹⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997, p. 174. Dans le même sens, v. E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrines*, 2006, n° 21, p. 59.

¹⁹⁷ Sur la notion de système, v. F. Ost et M. Van de Kerchove, in, D. de Béchillon, *op. cit.* pp. 261-262. Sur celle de système juridique, v. M. Virally, « Le phénomène juridique », *R.D.P.*, 1966, pp. 13 et ss.

¹⁹⁸ Pour une approche approfondie du concept de norme juridique, v. entre autres : P. Amselek, « Norme et loi », *A.P.D.*, 1980, p. 89 ; J. Chevallier, « La normativité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrines*, 2006, n° 21, p. 56 ; D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Paris, 1996 ; *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.* ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2^{ème} éd., 2005 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1962 ; X. Labbée, *Les critères de la norme juridique*, Presse universitaires de Lille, 1994 ; E. Millard, *op. cit.* ; E. Picavet, *Kelsen et Hart : la norme et la conduite*, P.U.F., Paris, 2000.

¹⁹⁹ Otto Bähr, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, réimpr. de la 1^{ère} éd. de 1864, Aalen, Scienta, 1961, cité par L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2002, p. 83. Dans un sens similaire, v. J. Chevallier, « L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1988, n°1, p. 325 ; R. Von Ihering, *La lutte pour le droit*, trad. Meulanaere, Paris, 1980, pp. 54-55.

²⁰⁰ En ce sens, v. O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 75.

²⁰¹ M.-J. Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », in *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux*, *C.R.D.F.*, 2002, n°1, p. 93.

²⁰² Les auteurs sont quasiment unanimes pour affirmer que le juge constitue un corollaire indispensable des droits fondamentaux. En ce sens, v. not. : P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 223 ; J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd., 1999, p. 134 ; V. Champeil-Desplats, « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 19 ; L. Corbion, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *jurisclasseur civil code, art. 1^{er} à art. 10, Publication, effets et application des lois, art. 4*, à jour au 1^{er} décembre 2007, p. 4 ; J. Miranda, *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 5^{ème} éd., 2012, p. 355 ; F. Moderne, « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France », *op. cit.*, p. 75 ; F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007, p. 416 ; A.E. Pérez Luño, *Los derechos*

92. Pour les partisans d'une approche purement matérielle de la « fondamentalité », la garantie juridictionnelle ne saurait en aucun cas constituer un élément déterminant des droits fondamentaux²⁰³. Elle serait, au mieux, le moyen, l'expression de la « fondamentalité » du droit en cause²⁰⁴. Défendu en France par le professeur Etienne Picard²⁰⁵, ce courant « jusnaturaliste » implique effectivement qu'« un droit peut très bien constituer un droit fondamental sans disposer encore ni d'un rang normatif élevé dans la hiérarchie formelle ni de la garantie juridictionnelle correspondante »²⁰⁶. Certes, « la traduction de la supériorité matérielle du droit fondamental dans le langage du droit positif débouche à terme sur l'inscription de cette supériorité dans la hiérarchie formelle et sur la mise en place d'un contrôle juridictionnel la sanctionnant »²⁰⁷. Cependant, à suivre rigoureusement cette conception axiologique des droits fondamentaux, ceci ne constitue qu'une conséquence potentielle de la « fondamentalité » matérielle du droit. Dans la mesure où les droits fondamentaux préexistent à l'Etat²⁰⁸, « c'est la hiérarchie substantielle qui opère, soit par le canal de cette hiérarchie formelle, soit en dehors d'elle, voire à son encontre le cas échéant »²⁰⁹. Il s'ensuit que « le fondamental n'est pas essentiellement réductible au constitutionnel, et [que] sa reconnaissance ne doit pas nécessairement impliquer les effets qui, devant un juge particulier, s'attachent à la constitutionnalité d'une norme à l'égard des lois »²¹⁰. En d'autres termes, le législateur, mais également le juge ordinaire, peuvent parfaitement qualifier les droits qu'ils consacrent de fondamentaux²¹¹. Dans ces conditions, le juge, en particulier constitutionnel, ne saurait être appréhendé comme un élément constitutif des droits fondamentaux. Car, dès lors que l'on admet l'existence de droits fondamentaux de

fundamentales, Tecnos, Madrid, 8^{ème} éd., 2004, pp. 79-80 ; C. M.M. Queiroz, *Direitos fundamentais. Teoria geral*, Coimbra editora, Teses e monografias 4, Faculdade de direito da Universidade do Porto, 2002, p. 289 ; J.M. Serrano Alberca, « Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales : un análisis del artículo 24 de la Constitución española », *Anuario de derechos humanos*, n° 3, Ed. de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 439 ; J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 4^{ème} éd., 2010, p. 344.

²⁰³ Il importe de noter que ce point de vue est également défendu par des auteurs ne retenant pas nécessairement une approche matérielle des droits fondamentaux. C'est par exemple le cas des professeurs Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux pour lesquels « l'établissement d'un mécanisme de protection juridictionnelle ne semble pas conditionner l'existence d'un droit fondamental. En effet, l'existence d'un tel droit est liée à son inscription dans une norme alors que l'existence d'un mécanisme de contrôle n'est que le garant de son effectivité » (*Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 12). Egalement, Anne Weber considère que « le "test judiciaire" constitue moins une condition de l'existence des droits de l'homme que de l'efficacité maximale de ces droits » (A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18).

²⁰⁴ M.-J. Redor, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁵ En ce sens, v. *supra*, note n° 25.

²⁰⁶ M.-J. Redor, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Dans cette logique, l'inscription des droits fondamentaux en droit positif ne peut être que le résultat d'un acte reconnaissant. Le professeur Etienne Picard affirme en ce sens que « les droits que consacre la constitution ne sont pas fondamentaux au motif que c'est la constitution qui les pose ; mais c'est parce que le constituant les a jugés fondamentaux qui les a garantis constitutionnellement [...] » (« Droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 549).

²⁰⁹ E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 9.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 40.

²¹¹ *Ibid.*, p. 14. Au Portugal, les professeurs José Joaquim Gomes Canotilho et Vital Moreira défendent un point de vue sensiblement similaire. Ces derniers déduisent du principe constitutionnel de la liste ouverte, en vertu duquel « les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois [...] », que les droits fondamentaux peuvent être créés par la voie législative (*Constituição da Republica Portuguesa anotada. Artigos 1º a 107º*, vol. I, Coimbra Editora, 4^{ème} éd., 2007, p. 365).

valeur législative, voire infralégislative, le juge constitutionnel ne se présente plus comme le gardien incontournable de la « *fundamentalité* », puisque les droits en question ne font plus nécessairement partie des normes de référence de son contrôle.

93. Toutefois, cette acception de la « *fundamentalité qui ne se fonde que sur elle-même [...] paraît défectueuse* »²¹². Outre le fait qu'elle laisse une place beaucoup trop importante à l'indétermination, étant donné que « *la fundamentalité ne s'épuise dans aucune norme formelle* »²¹³, elle se révèle « *inapte à décrire de manière satisfaisante le droit positif* »²¹⁴. Les droits ne sont pas fondamentaux en raison des valeurs inhérentes à la nature et à la dignité humaine qu'ils véhiculent, mais parce que le constituant les inscrit au sein des normes les plus élevées du système normatif afin de les rendre indisponibles²¹⁵. Jouissant d'une valeur supralégislative, leur force contraignante s'impose de ce fait à l'ensemble des pouvoirs publics, dont le législateur²¹⁶. Bien entendu, « *il n'est pas contestable que des droits sont rendus indisponibles pour le législateur car le constituant les considère comme essentiels ou inhérents à la personne humaine. L'indisponibilité juridique des droits fondamentaux ne se déduit pas pour autant de ce motif d'ordre politique ou philosophique [...]. Les droits sont fondamentaux par le seul fait qu'ils sont consacrés par les normes suprêmes de l'ordonnement juridique et ainsi préservés d'une altération par les normes inférieurs* »²¹⁷.

94. Or, cette acception formelle²¹⁸ suppose que « *"la caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable" c'est-à-dire "susceptible d'être mis en œuvre par un juge"* »²¹⁹. En effet, à partir du moment où « *le droit fondamental est le droit protégé contre le législateur, qui d'autre que le juge est susceptible d'assurer cette protection dans le système juridique ?* »²²⁰. C'est là une différence radicale avec la notion de libertés publiques. Désignant des libertés protégées contre l'exécutif, en vertu de la loi, et par le juge ordinaire²²¹, l'expression « *libertés publiques* » relaie le juge au second plan et accorde une place centrale au législateur²²². Les droits fondamentaux, en revanche, en tant que droits protégés contre le législateur, érigent le juge en élément déterminant de la « *fundamentalité* ». A cet égard, ils se

²¹² D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., p. 52.

²¹³ E. Picard, op. cit., p. 10.

²¹⁴ D. Ribes, op. cit., p. 56.

²¹⁵ A ce titre, le droit fondamental ne saurait préexister à l'Etat ou exister en dehors de l'Etat. Il est créé de toute pièce par la puissance étatique. Le professeur Didier Ribes évoque ainsi l'idée d' « *identité de l'Etat et du droit* » (op. cit., p. 38).

²¹⁶ Le professeur Michel Fromont évoque en ce sens l'idée de subordination des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires aux droits fondamentaux (« *Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande* », op. cit., p. 51).

²¹⁷ D. Ribes, op. cit., p. 55.

²¹⁸ D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., pp. 74-75.

²¹⁹ C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, P.U.F., Paris, 1997, p. 197, cité par le professeur Otto Pfersmann in L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 872.

²²⁰ M.-J. Redor, « *Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux* », op. cit., p. 99.

²²¹ L. Favoreu, « *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit* », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 81-82 ; « *L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires* », op. cit., p. 588.

²²² M.-J. Redor, op. cit., p. 101.

révèlent indissociables du phénomène de justice constitutionnelle²²³ et du contrôle de constitutionnalité des lois²²⁴. A savoir que, dès l'instant où les droits et libertés sont intégrés dans le giron de la norme suprême²²⁵, leur protection devient par définition une activité, sinon centrale²²⁶, du moins essentielle dans l'activité du juge constitutionnel. Le contrôle juridictionnel des lois opéré par le gardien de la Constitution²²⁷ étant le seul à même de mettre les droits fondamentaux hors de portée des majorités politiques²²⁸. D'un instrument de conservatisme et de répression sociale, alimenté par la crainte du gouvernement des juges²²⁹, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît, avec l'émergence de la notion de droits fondamentaux, comme un éminent protecteur des droits et libertés²³⁰. Et le rôle du juge

²²³ Sur la notion de justice constitutionnelle, le lecteur pourra utilement se référer à : Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1986 ; L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 225-281 ; « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *A.I.J.C.*, 1988, vol. IV, pp. 51-66 ; M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996 ; C. Grewe, *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005 ; H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution, (La justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 198 ; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Clefs, 3^{ème} éd., 1998 ; F. Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *A.I.J.C.*, 1996, vol. XII, pp. 11-29.

²²⁴ Sur l'existence d'un lien étroit entre droits fondamentaux, justice constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité des lois, v. par ex. : D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., pp. 60 et ss. ; L. Favoreu, « Légalité et constitutionnalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrines*, 1997, n° 3, p. 77 ; M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », op. cit., pp. 51-52 ; O. Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », op. cit., p. 44 ; M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus droit public, Paris, 2010, pp. 354-355.

²²⁵ Sur la constitutionnalisation des libertés, v. P. Ardant, « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs, La liberté*, 1998, n° 84, pp. 62-68.

²²⁶ La fonction centrale de la justice constitutionnelle consiste à garantir la suprématie de la Constitution. De même, il importe de préciser que la justice constitutionnelle peut parfaitement exister en dehors de toute fonction de protection des droits fondamentaux. C'est par exemple le cas lorsque le juge constitutionnel contrôle la régularité des élections ou, encore, le respect de la répartition des compétences entre les différents organes de l'Etat (en ce sens, v. L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 141).

²²⁷ L'idée selon laquelle le juge constitutionnel se présente comme le gardien de la constitution est largement admise en droit positif. Soutenue par Hans Kelsen (v. not. D. Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 103, Paris, 2001, pp. 25-30), elle a notamment été réceptionnée par le professeur Ch. Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 21 : la juridiction constitutionnelle est indispensable car « seule elle fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction ») et le doyen Louis Favoreu (« Droit de la Constitution et constitution du droit », op. cit., p. 83). Elle est néanmoins réfutée par Carl Schmitt. Selon lui, le seul gardien envisageable de la norme suprême est le chef de l'Etat (D. Dokhan, op. cit., pp. 19-25).

²²⁸ P. Bon, in P. Bon et alii *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1989, p. 21 ; L. Favoreu et J.-A. Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1986, p. 45.

²²⁹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, Paris, 2005 ; M. Troper, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, p. 49.

²³⁰ L. Favoreu, « A evolução e a mutação do direito constitucional francês », in S. Resende de Barros et F.A. Zilveti (Coord.), *Direito constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialética, São Paulo, 1999, p. 218. Dans le même sens, V. Champeil-Desplats, « la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », op. cit., p. 328.

ordinaire n'est pas réduit à néant pour autant. Celui-ci conserve une fonction indispensable de sanction des atteintes portées par le pouvoir exécutif aux droits fondamentaux²³¹.

95. En somme, il est possible d'affirmer avec le professeur Frédéric Sudre qu'« *il n'y a droit [fondamental] que par l'intervention du droit positif, lorsqu'un régime juridique est organisé tel que le droit soit protégé par une action en justice* »²³². Traduction de l'idée selon laquelle la seule proclamation des droits et libertés ne saurait suffire à en assurer l'exercice²³³, les droits fondamentaux, en raison leur place spécifique au sein de la hiérarchie des normes, se présentent ainsi comme des droits nécessairement justiciables. Indissociables de la garantie juridictionnelle, le lien étroit qu'ils entretiennent avec le juge, spécialement constitutionnel, conduit à ériger celui-ci en condition déterminante de leur existence. C'est là un premier indice du rôle privilégié du juge en matière de protection des droits fondamentaux. Pour autant, ces derniers ne sauraient se contenter de n'importe quel juge. Leur effectivité tient pour beaucoup à l'existence d'une justice de qualité. Or, le développement constant de la garantie juridictionnelle, tant en France que sur la péninsule ibérique, s'inscrit dans cette perspective.

§ 2. Le développement constant de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux

96. La France et les pays ibériques, conscients du caractère déterminant du juge du point de vue de la réalisation des droits fondamentaux, se sont efforcés de développer continuellement la garantie juridictionnelle. Contribuant à asseoir un peu plus encore la place centrale du juge au sein du système institutionnel de protection des droits et libertés et, partant, à douter de la nécessité d'un ombudsman spécialisé, ce développement de la garantie juridictionnelle s'exprime principalement de deux façons. D'une part, en raison de la consécration du droit fondamental au juge et de la recherche d'effectivité de la protection juridictionnelle (A). D'autre part, au regard de la mise en place de recours juridictionnels adaptés aux exigences des droits fondamentaux (B).

A. La recherche d'effectivité de la garantie juridictionnelle par le prisme du droit fondamental au juge

97. Classiquement appréhendé comme le « *Corollaire indispensable de l'Etat de droit* »²³⁴, le « *droit des droits* »²³⁵ ou, encore, le « *bouclier des autres droits fondamentaux* »²³⁶, le droit au juge²³⁷ constitue la pierre angulaire de l'édifice des droits

²³¹ V. not. : L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 146 et ss. ; M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », op. cit., p. 54.

²³² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 11^{ème} éd., 2012, p. 53.

²³³ En ce sens, v. *supra*, n° 75.

²³⁴ L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 377.

²³⁵ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 238.

²³⁶ T.-S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *J.C.P. G.*, 1993, I, 3675.

²³⁷ Si parmi les différentes expressions de nature à rendre compte de cette prérogative juridique celle de « droit au juge » se révèle probablement la plus opportune, car « [...] la plus extensive et donc la plus apte à réunir l'ensemble des aspects du sujet » (R. Vandermeeren, « Permanence et actualité du droit au juge », *A.J.D.A.*,

fondamentaux²³⁸. Parce que sans son affirmation les droits et libertés courent le risque de se retrouver orphelins de toute protection, celui-ci « devient le premier des droits fondamentaux dont l'effectivité doit être à son tour assurée »²³⁹.

98. Certes, le droit au juge, de par sa vocation à structurer l'ensemble de l'ordonnement juridique²⁴⁰, ne se limite pas au seul domaine des droits de la personne humaine²⁴¹. Il demeure néanmoins incontestable que son apport en la matière se veut particulièrement prononcé dans la mesure où l'existence des droits fondamentaux est conditionnée par la présence d'un juge susceptible de sanctionner les atteintes qui leur sont portées. C'est pourquoi la consécration du droit à un recours juridictionnel effectif, en même temps qu'elle confirme le rôle décisif du juge au sein du système institutionnel de protection des droits et libertés, constitue un élément à part entière du processus de développement de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

99. Bien entendu, la démarche ici poursuivie ne saurait prétendre à une étude exhaustive de cette problématique. A l'origine d'importants travaux doctrinaux²⁴², l'ampleur de la

2005, p. 1102), seront indistinctement utilisées les expressions de « droit au juge » ou de « droit à un recours juridictionnel effectif ».

²³⁸ S. Domínguez Martín, « Ejercicio racional de los derechos y garantías fundamentales », in *Introducción a los derechos fundamentales*, tome II, Ministerio de Justicia, 1998, p. 1498.

²³⁹ L. Corbion, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁰ P. Leger, « Le droit à un recours juridictionnel effectif », in F. Sudre et H. Labayle, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant-Nemesis, 2000, pp. 199-212 ; M.-J. Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 100.

²⁴¹ Le Tribunal constitutionnel portugais considère en ce sens que si le droit à un recours juridictionnel effectif est « inséré au sein du chapitre relatif aux droits fondamentaux et se réfère expressément à ces droits, il ne saurait pour autant se limiter à la défense des seuls droits fondamentaux. La protection juridictionnelle s'étend à tous les droits et intérêts légitimes, c'est-à-dire à toutes les situations juridiquement protégées » (Acórdão 24/1988 du 20 janvier 1988, D.R. série II du 13 avril 1988).

²⁴² Sur le droit au juge, le lecteur pourra utilement se référer à : M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *op. cit.*, p. 1 ; W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301 ; I. Borrajo Iniesta, « ¿ Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental ? », in L.M. Rebollo (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retordillo*, Vol. II, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2008, p. 1305 ; M. Brito, « Acesso ao direito e aos tribunais », *O direito*, 1995, n° 3-4, p. 351 ; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 1^{ère} éd., 2010, p. 555-626 ; G. Carrió, « Sobre la administración de justicia y el derecho de la jurisdicción », *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Facultad de derecho, Madrid, 1988-89, n° 5, p. 41 ; F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1994 ; M. Cliquennois, « Variations actuelles du droit au juge », in *Etudes en l'honneur de Pierre Sandevour, Service public, services publics*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 14 ; G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, *op. cit.*, p. 471 ; L.F. Fernández-Villaverde, *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, *op. cit.*, pp. 17-106 ; R. Gomez-Ferrer Morant, « La tutela judicial efectiva como derecho fundamental », in L. Martín-Retordillo Baquer (Dir.), *De la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Seminario de Profesores de la facultad de derecho*, Institucion « Fernando el catolico », Zaragoza, 1985, p. 10 ; J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, S. A., Madrid, 1984 ; « El derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección en el proceso administrativo a través de la reciente jurisprudencia constitucional », in L.M. Rebollo (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retordillo*, Vol. II, *op. cit.*, p. 1349 ; J.J. González Rivas, « Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva : consideraciones doctrinales y jurisprudenciales », in *Los derechos fundamentales y libertades publicas (II)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 171 ; S. Guinchard, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 191 ; C. Lopes do Rego, « O direito

question exigerait à elle seule une thèse²⁴³. Il s'agit seulement de démontrer que le droit au juge, de par sa reconnaissance unanime (1) et son contenu particulièrement extensif (2), traduit une volonté évidente d'effectivité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

1. Une reconnaissance unanime

100. Explicitement consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont les articles 6§1 et 13 constituent le berceau²⁴⁴, le droit fondamental au juge fait également l'objet d'une reconnaissance sans équivoque à l'échelle nationale. A cet endroit, il importe toutefois de préciser que la situation française détonne considérablement par rapport à celle de l'Espagne et du Portugal. Alors que les deux pays ibérique consacrent explicitement le droit à une protection juridictionnelle effective au sein de leur texte constitutionnel²⁴⁵, « à lire la Constitution française, il n'existe pas expressis

fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do processo civil », in J. de Figueiro Dias et alii, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. I, op. cit.*, p. 731 ; A.J. Porras Nadales, « Le droit au juge constitutionnel et ses limites », in P. Bon (Coord.), *Etudes de droit constitutionnel franco-espagnol*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1994, pp. 65-74 ; T.-S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *op. cit.* ; J. Rideau (Dir.), *Le droit au juge dans L'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 1998 ; G. Ruiz Ruiz, *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Editorial Civitas, S. A., Centro de publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid, 1991 ; P. Saavedra Gallo, « El derecho de acceso al sistema de los recursos », in *Los derechos fundamentales y libertades publicas (II), vol. I, op. cit.*, p. 335 ; B.S. Santos, *O acesso ao direito e à justiça : um direito fundamental em questão*, Coimbra, 2002 ; J.M. Serrano Alberca, « Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales : un análisis del artículo 24 de la Constitución española », *op. cit.*, p. 435 ; Ph. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport Français », in L. Favoreu (Dir.), *Etudes de droit constitutionnel Franco-espagnol*, Economica, coll. Droit Public positif, 1994, p. 75.

²⁴³ A cet égard, la thèse de Jorge Mendes Constante relative aux droits fondamentaux du justiciable est dans une large mesure consacrée à la question du droit fondamental au juge (*Les droits fondamentaux du justiciable*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2002).

²⁴⁴ L'article 6§1 prévoit en effet que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ». L'article 13, pour sa part, dispose que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Il convient toutefois de préciser, avec le conseiller d'Etat Roland Vandermeeren, que le « "droit au recours" prévu par l'article 13 de la Convention, bien qu'il soit expressément qualifié "d'effectif", [...] ne joue qu'un rôle secondaire par rapport au droit d'accès. Sa seule finalité est de garantir aux intéressés "l'existence au droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention", et ce, afin que "l'instance nationale compétente" puisse connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, offrir le "redressement approprié" [...]. la subsidiarité du droit à un recours effectif est d'autant plus marquée qu'en cas de manquement aux exigences du procès équitable énoncées par l'article 6§1 la Cour se dispense de rechercher si l'article 13 a également été méconnu, car "l'article 6§1 constitue une lex spéciali par rapport à l'article 13, dont les garanties se trouvent absorbées par celle-ci" » (R. Vandermeeren, « Permanence et actualité du droit au juge », *op. cit.*, p. 1104). Pour une étude détaillée de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, v. par ex. : J.-F. Flauss, « Le droit à un recours effectif – L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1991, p. 324 ; M. Sinkondo, « Le fabuleux destin de l'article 13 de la C.E.D.H. et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *R.R.J., Droit prospectif*, 2005, n° 1, p. 251.

²⁴⁵ En Espagne, le droit au juge est prévu par l'article 24 de la Constitution. En particulier par son alinéa 1^{er} aux termes duquel « Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes. En aucun cas, ce recours ne peut être refusé ». Pour un commentaire

verbis d'intérêt constitutionnel juridiquement protégé donnant le droit de saisir le juge et le droit d'être protégé par le juge »²⁴⁶. De ce silence des textes, il ne faut pas pour autant en conclure à l'inexistence du droit au juge en France.

101. Erigé au rang de principe général du droit par le célèbre arrêt du Conseil d'Etat *Dame Lamotte*²⁴⁷, affirmé par la doctrine dès le début des années soixante, notamment par le doyen Louis Favoreu²⁴⁸, le droit au juge reçoit progressivement une assise constitutionnelle sous l'impulsion d'un mouvement jurisprudentiel entrepris pas le Conseil constitutionnel²⁴⁹. Ce processus de constitutionnalisation, amorcé à travers les jurisprudences *CSA*²⁵⁰ et *Maîtrise de l'immigration*²⁵¹, en dates du 17 janvier 1989 et du 13 août 1993, se concrétise à l'occasion de la décision *Autonomie de la Polynésie française* du 9 avril 1996²⁵², qui consacre le droit à un recours juridictionnel effectif sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁵³. Son aboutissement se produit, en définitive, avec la décision *CMU* du 23 juillet 1999 où la référence à l'article 16 de la Déclaration du 26 août 1789 se veut clairement marquée²⁵⁴. Partant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel atténue largement la différence apparente entre la France et la péninsule ibérique.

approfondi de cette disposition, v. M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero et Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario, op. cit.*, pp. 592-725.

Au Portugal, ce droit fondamental est affirmé par l'article 20 de la Constitution relatif à « L'accès au droit et à la tutelle juridictionnelle effective ». Notamment, son alinéa 1^{er} dispose que « L'accès au droit et aux tribunaux pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi est garanti à toute personne. La justice ne peut être refusée pour insuffisance de moyens économiques ». Tandis que son alinéa 4 prévoit que « Toute personne a droit à ce qu'une affaire à laquelle elle prend part soit jugée dans un délai raisonnable et selon une procédure équitable ». Sur l'article 20 de la Constitution portugaise, v. en part. : J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, pp. 406-419 ; J. Miranda et R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra editora, 2005, pp. 170-205.

²⁴⁶ T.-S. Renoux, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in J. Rideau (Dir.), *Le droit au juge dans L'Union européenne, op. cit.*, p. 109.

²⁴⁷ C.E. Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, *Rec.* p. 110. Par ailleurs, il est à noter que la Cour de cassation reconnaît également l'existence d'un droit au recours dans le silence des textes (Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Société Fougerolle*, *Bull. civ.*, I, n° 149, p. 101).

²⁴⁸ A travers sa thèse relative au déni de justice en droit français, le professeur aixois affirme « *Que tout individu ait "droit au juge" en France semble évident et, énoncer cette proposition peut même paraître inutile [...]. La faculté d'obtenir justice partout et en toutes occasions est si bien ancrée dans les esprits que l'on à peine à concevoir un Etat de droit dans lequel elle n'existerait pas* » (L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 550). Deux ans auparavant, le Commissaire du gouvernement Henry soulignait déjà, à l'occasion de ses conclusions relatives à l'affaire *Salan*, que « *Tout individu, en face de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, a droit à un juge* » (« *Concl. sur CE, 11 mai 1962, Salan* », *R.D.P.*, 1962, p. 549).

²⁴⁹ Pour une étude approfondie de ce mouvement de constitutionnalisation du droit au juge en France, v. not. : T.-S. Renoux, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », *op. cit.*, pp. 109-118.

²⁵⁰ Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *CSA*, *Rec.* p. 18, *J.O.* du 18 janvier 1989, p. 754. A travers cette jurisprudence, le Conseil affirme que « *toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet devant le Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction [et que] le droit au recours étant réservé à la personne sanctionnée, son exercice ne peut, conformément aux principes généraux du droit, conduire à aggraver sa situation* ». Commentaire J.-L. Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative à l'audiovisuel », *R.A.*, 1989, p. 223.

²⁵¹ Cons. const., décision 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*

²⁵² Cons. const., décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *Rec.* p. 43, *J.O.* du 13 avril 1996, p. 5724 ; *R.D.P.*, 1996, p. 953, note F. Luchaire ; *R.F.D.C.*, 1996, p. 594, note T.-S. Renoux ; *R.D.P.*, 1997, p. 13, chron. D. Rousseau ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 369, chron. O. Schramek.

²⁵³ « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

²⁵⁴ Cons. const., décision 99-416 DC du 23 juillet 1999, *CMU*, *Rec.* p. 100, *J.O.* du 28 juillet 1999, p. 11250.

102. Or, cette reconnaissance unanime du droit au juge participe sans nul doute d'une recherche d'effectivité de la protection juridictionnelle des droits de la personne humaine. En effet, ainsi consacré au rang de norme supralégislative, le droit à un recours juridictionnel se voit placé hors de portée des majorités politiques et, ce faisant, jouit du même régime de protection que les autres droits fondamentaux²⁵⁵. Les différentes déclinaisons du droit au juge, précisées par les jurisprudences nationales, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, offrent à ce droit fondamental un champ d'application particulièrement large, source de confirmation de la recherche d'effectivité de la protection juridictionnelle.

2. Un champ d'application large

103. Postulant « *la possibilité d'avoir accès à un juge de qualité, c'est-à-dire le droit à une protection juridictionnelle effective à tous les stades du procès* »²⁵⁶, le droit au juge repose sur un triptyque selon lequel tout individu doit pouvoir librement accéder à un tribunal (a) répondant à certains standards de bonne justice (b) et dont les décisions sont effectivement exécutées (c)²⁵⁷. De cette acception particulièrement étendue du droit au juge découle une volonté de consolidation de la garantie juridictionnelle et, par là-même, de l'ensemble des droits et libertés. Puisque, dès l'instant où la protection juridictionnelle se trouve renforcée, les droits fondamentaux, dont la concrétisation est largement conditionnée par la capacité du juge à en sanctionner les atteintes, ne peuvent que gagner en effectivité²⁵⁸.

a. Le libre accès à un tribunal

104. Présenté par le professeur Jean-François Renucci comme « le noyau dur » du droit au juge²⁵⁹, la possibilité « *pour tout personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »²⁶⁰ est le résultat d'une jurisprudence bien établie en droit positif. Expressément affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion d'un arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, aux termes duquel « *la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder à un juge* »²⁶¹, le libre accès à un tribunal est également consacré par la Cour de justice de l'Union européenne qui considère, depuis sa jurisprudence *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, en date du 15 mai 1986, qu'il appartient « [...] *aux Etats membres d'introduire dans leur ordre juridique*

²⁵⁵ J.M. Serrano Alberca, « Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales : un análisis del artículo 24 de la Constitución española », *op. cit.*, p. 449.

²⁵⁶ D. Pollet-Panoussis, *Les actes inattaquables devant le juge administratif*, th. dactylographiée, Lille II, 2006, p. 298.

²⁵⁷ Ce triptyque est celui proposé par le professeur Serge Guinchard à travers son ouvrage de droit processuel (S. Guinchard (Dir.) et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Précis, Paris, 5^{ème} éd., 2009, pp. 467-1037).

²⁵⁸ En ce sens, v. T-S. Renoux, « La constitutionnalisation du droit au juge en France », *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁹ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 2002, p. 227.

²⁶⁰ L. Favoreu et T-S. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit Public, 1992, p. 90.

²⁶¹ C.E.D.H., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 34.

interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle »²⁶².

105. La position des juridictions nationales se veut tout aussi claire. Tandis que le Tribunal constitutionnel portugais rappelle que l'article 20 de la Constitution garantit à toute personne l'accès aux tribunaux en vue d'obtenir la défense de ses droits²⁶³, le Tribunal constitutionnel espagnol précise que « *le droit à la protection juridictionnelle effective présente un contenu complexe impliquant, entre autres, la liberté d'accès aux juges et aux tribunaux [...]* »²⁶⁴. Quant au Conseil constitutionnel, celui-ci souligne « *qu'en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »²⁶⁵.

106. Aussi les juges européens et nationaux, en affirmant le principe de libre accès à un tribunal, sont-ils enclins à reconnaître la garantie juridictionnelle dans son sens le plus favorable d'accessibilité directe des individus au prétoire du juge. Or, si l'exigibilité juridictionnelle ne saurait être appréhendée comme une propriété conceptuellement nécessaire des droits fondamentaux²⁶⁶, il n'en demeure pas moins évident que la consécration du droit à recours juridictionnel individualisé constitue un gage de protection maximale des droits et

²⁶² C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. n° 222/84, *Rec.* p. 1651, § 17 et 18. Confirmé par : C.J.C.E., 15 octobre 1987, *UNECTEF*, aff. n° 222/86, *Rec.* p. 4097. Pour une approche approfondie du droit au juge en droit communautaire, v. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, th. dactylographiée, Bordeaux IV, 1999, pp. 337 et ss.

²⁶³ Acórdão 24/1988 du 20 janvier 1988, *op. cit.* Dans le même sens, v. Acórdão 65/1988 du 23 mars 1988, *D.R.* série II du 20 Août 1988.

²⁶⁴ STC 26/1983 du 13 avril 1983, *B.O.E.* du 17 mai 1983, FJ 2.

²⁶⁵ Cons. const., décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *op. cit.*

²⁶⁶ Si certains auteurs considèrent que les droits fondamentaux, compte tenu du lien étroit qu'ils entretiennent avec le concept de droits subjectifs, ne sauraient véritablement exister sans la présence d'un recours juridictionnel individualisé (C. Grewe, « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.U.D.H.*, 2000, p. 92 ; J. Renaud, « Réflexions sur la nature des droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1968, p. 156), notamment devant le juge constitutionnel (P. Wachsmann, « L'importation de la notion de "droits fondamentaux" en France », *op. cit.*, pp. 40 et 46), il semble que cette thèse peut être rejetée pour deux raisons. En premier lieu, et comme le souligne le professeur Otto Pfersmann, à s'en tenir à une définition des droits fondamentaux reposant sur un système d'« *union stricte* », c'est-à-dire un système où les fonctions de bénéficiaires et de titulaires sont amenées à se confondre, le risque est grand « *qu'il n'y ait de droits fondamentaux nulle part et que le champ d'étude se trouve dès lors purement et simplement éliminé [...]* ». Plus précisément, le danger est que « *[...] seuls les systèmes connaissant un recours direct devant le juge constitutionnel en cas de violation des droits fondamentaux au sens strict puissent être qualifiés de droits fondamentaux tout court* » (« Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 101). En second lieu, et cette raison se suffit à elle seule pour réfuter la thèse du recours juridictionnel individualisé comme élément déterminant de la fundamentalité, il n'est pas certain que les droits fondamentaux doivent nécessairement être appréhendés comme des droits subjectifs. Outre que ces deux notions ne sauraient se confondre, dans la mesure où, d'une part, tous les droits subjectifs ne sont pas des droits fondamentaux, d'autre part, les droits fondamentaux n'opèrent pas exclusivement comme des droits subjectifs, de plus en plus de juristes appellent à leur dissociation. Cette nécessaire autonomisation du concept de droit fondamental est notamment revendiquée par le professeur Didier Ribes qui considère que « *la catégorie des droits subjectifs contient des potentialités beaucoup plus réduites que celles des droits fondamentaux* », conduisant « *à restreindre le caractère opérationnel des normes de droit fondamental* », et, en outre, de part son indétermination, pollue toute analyse positiviste des droits fondamentaux (*L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, pp. 129-139).

libertés. Expression parmi d'autres du phénomène de « *subjectivisation du droit* »²⁶⁷, un tel recours « *permet à toute personne qui se trouve lésée dans ses droits et intérêts légitimes d'intenter une action devant le juge afin de tenter d'en obtenir la protection* »²⁶⁸. De surcroît, le juge, loin de se contenter d'une simple déclaration de principe, veille à ce que le libre accès à un tribunal ne soit pas entravé en pratique. L'arrêt *Airey c. Irlande*, rendu le 9 octobre 1979 par la Cour européenne, précise en ce sens que « *la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs* »²⁶⁹. En d'autres termes, « *il ne suffit pas que le droit d'accès à un tribunal soit formellement prévu dans la législation d'un Etat contractant : il faut encore qu'il puisse être effectivement mis en œuvre, ce qui suppose parfois que son exercice ne rencontre pas d'obstacle démesurés ou substantiels, ni sur le plan strictement juridique, ni sur le plan des faits* »²⁷⁰.

107. A cet égard, la Cour de Strasbourg a logiquement jugé que l'extrême complexité du droit positif constitue une atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal²⁷¹. Ou, encore, que l'absence d'un système d'aide juridictionnelle est de nature à entraver l'effectivité du droit d'agir en justice²⁷². Cette volonté de garantir l'accès au juge indépendamment de la situation économique du justiciable, à l'origine d'une jurisprudence très protectrice de la part du tribunal constitutionnel portugais²⁷³, est étroitement liée au principe d'égal accès à la justice. Un tel principe, matérialisé par la théorie du droit au juge naturel²⁷⁴, postule que « *les justiciables se trouvant dans la même situation [soient] jugés par les mêmes tribunaux, selon les mêmes règles de procédure et de fond* »²⁷⁵. Il en résulte notamment l'interdiction d'être jugé par une juridiction créée spécialement²⁷⁶. Mais l'apport du droit à un recours juridictionnel ne se limite pas à l'accès effectif des justiciables au prétoire du juge. Il impose,

²⁶⁷ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., coll. « droit et société », vol. 35, Paris, 2^{ème} éd., 2004, p. 100 ; *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 55. Ce mouvement de subjectivisation du droit, se traduisant par le passage d'un système juridique holiste à un système accordant une plus grande place à l'individu (v. N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003, p. 6), est le reflet juridique du phénomène plus global d'individualisation de nos sociétés contemporaines. Ce phénomène repose sur une position nominaliste centrée sur l'individu en tant que « *valeur fondamentale, supérieure aux valeurs collectives du groupe* » (C.-D. Echaudemaison (Dir.) et *alii.*, *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, Nathan, Paris, 8^{ème} éd., 2009, p. 255). C'est-à-dire une rupture très nette avec les sociétés dites holistes dans lesquelles l'individu est subordonné à des fins collectives prioritaires (sur ces questions, v. L. Dumont, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, 1983).

²⁶⁸ P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 256.

²⁶⁹ C.E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

²⁷⁰ G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », *op. cit.*, p. 479.

²⁷¹ C.E.D.H., 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France*, req. n° 12964/87.

²⁷² C.E.D.H., 9 octobre 1979, *op. cit.*

²⁷³ Le Tribunal constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises que le manque de moyens financiers ne saurait justifier une restriction de l'accès au juge. V. par. ex. : Acórdão 163/1990 du 23 mai 1990, *D.R. Série II* du 18 octobre 1991; Acórdão 307/1990 du 28 novembre 1990, *D.R. Série II* du 4 mars 1991; Acórdão 467/1991 du 18 décembre 1991, *D.R. Série II* du 2 avril 1992.

²⁷⁴ T.-S. Renoux, « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *R.T.D.Civ.*, 1993, p. 33.

²⁷⁵ S. Guinchard (Dir.) et *alii.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 668.

²⁷⁶ Sur ce point, v. par ex. : I. Diez-Picazo Gimenez, « El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley », *R.E.D.C.*, 1991, n° 31, p. 75 ; I. Sánchez Yllera, « Artículo 24.2. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley », in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero et Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, *op. cit.*, p. 632.

par ailleurs, la mise en place d'une justice de qualité. Du simple droit au juge, « *on passe subrepticement au droit au "vrai" juge, voire au droit au "bon" juge* »²⁷⁷.

b. Le droit à une justice de qualité

108. Si le droit au recours se présente avant tout comme la possibilité d'accéder à un tribunal, il faut bien constater que la seule ouverture du prétoire du juge aux particuliers demeure largement insuffisante pour s'assurer de l'effectivité et, surtout, de l'efficacité de la garantie juridictionnelle. En effet, à s'en tenir exclusivement à cette acception du droit au juge, le justiciable risque fort de se retrouver confronté à une juridiction inadaptée aux exigences des droits fondamentaux. C'est pourquoi le droit au juge suppose également le respect d'un certain nombre de standards de nature à garantir la qualité de la justice rendue. En cette matière, le rôle des juridictions, tant européennes que nationales, se révèle encore une fois déterminant. Elles contribuent, dans une large mesure, à préciser les différentes déclinaisons de ce droit à un juge de qualité. En témoigne la décision *Klass et a. c. RFA* à travers laquelle la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la prééminence du droit « [...] implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits de l'individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière »²⁷⁸. De cette jurisprudence, il s'ensuit que l'activité juridictionnelle doit se conformer à un certain nombre de garanties institutionnelles et procédurales²⁷⁹.

109. Sur le plan institutionnel, tout d'abord, la Cour européenne attend des juridictions qu'elles répondent à des critères d'indépendance et d'impartialité. L'indépendance, définie comme la possibilité d'exercer la mission de juger sans entrave, doit être garantie tant vis-à-vis du pouvoir législatif²⁸⁰ que du pouvoir exécutif et des parties au litige²⁸¹. Quant à

²⁷⁷ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, op. cit., p. 227.

²⁷⁸ C.E.D.H., 6 septembre 1978, *Klass et a. c. R.F.A.*, req. n° 5029/71, § 55. Un souci similaire d'effectivité du droit au juge a été exprimé par la Cour de justice de l'Union européenne à travers son arrêt *Unibet*, en date du 13 mars 2007, lequel affirme qu'« [...] il incombe aux juridictions nationales d'interpréter les modalités procédurales applicables aux recours dont elles sont saisies, telles que l'exigence d'un rapport de droit concret entre la partie requérante et l'État, dans toute la mesure du possible d'une manière telle que ces modalités puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre de l'objectif [...] de garantir une protection juridictionnelle effective des droits que tirent les justiciables du droit communautaire » (C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet*, aff. n° 432/05, Rec. p. 2271, § 44).

²⁷⁹ Cette dichotomie garanties institutionnelles garanties procédurales est empruntée au professeur Serge Guinchard (*Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., pp. 730 et ss.).

²⁸⁰ Est essentiellement ici question de la problématique des lois de validation, c'est-à-dire la pratique consistant pour le parlement à voter une loi afin de « valider rétroactivement des actes juridiques qui n'avaient pas été créés valablement sous l'empire d'une loi ancienne, de manière à les rendre définitifs et insusceptibles d'annulation » (S. Guinchard (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 19^{ème} éd., 2012, p. 530). La Cour européenne, après avoir condamné toute validation législative (C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffinerie grecques c. Grèce*, req. n° 13427/87 ; *R.G.D.P.*, 1998, p. 241, obs. J.-F. Flauss ; *J.C.P. G.*, 1987, I, 3827, n° 17, obs. F. Sudre), a admis la possibilité de telles lois sous le respect de trois conditions. En premier lieu, il ne doit pas être porté d'atteinte à une décision définitive, en deuxième lieu, la loi de validation doit être motivée par des motifs impérieux d'intérêt général, en troisième et dernier lieu, l'atteinte portée au droit d'accès à un tribunal doit être proportionnée par rapport à l'objectif à atteindre (C.E.D.H., 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal et autres*

l'impartialité, qui implique « *une exigence de neutralité, [...] gage de la crédibilité du juge* »²⁸², celle-ci est à la fois appréciée de façon subjective et objective²⁸³. L'approche subjective consiste à déterminer ce que tel juge pense dans son for intérieur en telle circonstance. La démarche objective, pour sa part, amène à rechercher s'il offre des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Cette jurisprudence européenne, largement réceptionnée par les tribunaux constitutionnels portugais²⁸⁴ et espagnol²⁸⁵, influence directement celle du Conseil constitutionnel. La consécration du principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance de la juridiction administrative²⁸⁶ ou, encore, l'affirmation de la valeur constitutionnelle de l'exigence d'impartialité²⁸⁷, en sont des illustrations éclatantes.

110. Sur le plan procédural, ensuite, le déroulement du procès doit répondre, outre à une exigence de publicité de la procédure²⁸⁸, à des impératifs de célérité et d'équité. L'impératif d'équité doit être entendu comme une obligation de motivation des décisions de justice et de respect du principe d'égalité des armes et du contradictoire²⁸⁹. Celui de célérité impose pour sa part le droit d'obtenir un jugement dans un « *délai raisonnable* »²⁹⁰. Selon la Cour de Strasbourg, « *le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités*

c. France, req. n° 24846/94, 34165/96 et 34173/96 ; *R.T.D. Civ.*, 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; *R.F.D.A.*, 2000, p. 289, chron. B. Mathieu ; *J.C.P. G.*, 2000, I, p. 2203, obs. F. Sudre).

²⁸¹ C.E.D.H., 28 juin 1971, *De Wilde et alii c. Belgique*. Pour juger de cette indépendance, la Cour s'appuie sur un certain nombre de critères que sont, tout d'abord, le mode de désignation des juges et la durée de leur mandat (C.E.D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79), ensuite, l'existence de garanties contre les pressions extérieures (C.E.D.H., 23 avril 1987, *Ettl c. Autriche*, req. n° 9273/81), enfin, l'apparence ou non d'indépendance (C.E.D.H., 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, req. n° 11179/84, § 32).

²⁸² S. Guinchard (Dir.) et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 783.

²⁸³ C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n° 8692/79, § 30.

²⁸⁴ V. not. : Acórdão 163/1990 du 23 mai 1990, op. cit. ; Acórdão 444/1991 du 20 novembre 1991, *D.R.* Série II du 2 avril 1992.

²⁸⁵ V. entre autres : STC 47/1982 du 12 juillet 1982, *B.O.E.* du 4 août 1982, FJ 2 ; STC 47/1983 du 31 mai 1983, *B.O.E.* du 17 juin 1983, FJ 2 ; STC 44/1985 du 22 mars 1985, *B.O.E.* du 19 avril 1985, FJ 4 ; STC 162/1999 du 27 septembre 1999, *B.O.E.* du 3 novembre 1999.

²⁸⁶ Cons. const., décision 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation des actes administratifs*, *Rec.* p. 46, *J.O.* du 24 juillet 1980, p. 1868.

²⁸⁷ Cons. const., décision 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, *Rec.* p. 156, *J.O.* du 27 février 2003, p. 3480.

²⁸⁸ La Cour européenne des droits de l'homme affirme en ce sens qu'il convient de protéger « *les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public* » (C.E.D.H., 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche*, req. n° 21835/93 ; *J.C.P. G.*, 1998, I, 107, n° 27, obs. F. Sudre). Dans un sens similaire, v. STC 62/1982 du 15 octobre 1982, *B.O.E.* du 17 novembre 1982, FJ 1.

²⁸⁹ S. Guinchard (Dir.) et alii, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., pp. 932 et ss.

²⁹⁰ Sur cette notion, v. not. : D. Dero-Bugny, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par la juridiction administrative », *D.A.*, 2006, n° 10, p. 5 ; N. Fricero, « Délai raisonnable », in L. Cadiet (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., Paris, 2004, p. 315 ; J. Van Compernelle, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable: les effectivités d'un droit processuel autonome », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, p. 471.

compétentes »²⁹¹. Prévu par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette exigence de délai raisonnable de la procédure, dont le non respect doit être compensé par un système d'indemnisation du justiciable²⁹², se trouve non seulement consacré par les tribunaux constitutionnels portugais et espagnol²⁹³, mais également par la jurisprudence des juges judiciaire et administratif français²⁹⁴.

111. Au total, il est possible d'affirmer avec José Manuel Serrano Alberca que « *le droit au juge n'est pas un droit à une juridiction quelconque, mais le droit à une juridiction subjectivement et objectivement inspirée des principes de tout Etat de droit social et démocratique* »²⁹⁵. Or, l'exigence de justice de qualité qui en résulte traduit, à l'instar de la liberté d'accès à un tribunal, une volonté d'effectivité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. En particulier, elle offre « *à l'individu l'assurance qu'il pourra faire valoir ses droits dans les meilleurs conditions et que le droit lui sera appliqué de façon juste, régulière et non arbitraire* »²⁹⁶. L'acception extensive du droit à un recours juridictionnel effectif se manifeste finalement à travers l'affirmation de l'obligation d'exécution des décisions de justice.

c. Le droit à l'exécution des décisions de justice

112. Conscient que « *le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie [...]* »²⁹⁷, le juge européen considère, depuis son arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, « *[...] que la notion de procès équitable couvre non seulement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, mais également la mise en œuvre des décisions judiciaires* »²⁹⁸. Autrement dit, il découle de l'article 6§1 de la Convention européenne une obligation pour les autorités étatiques d'exécuter les décisions de justice rendues contre elles.

113. Cette position de principe, loin d'être spécifique à la Cour de Strasbourg, se trouve au contraire relayée par les juridictions nationales. Le Tribunal constitutionnel espagnol considère par exemple que le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif implique,

²⁹¹ A. Valéry, « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la CourEDH ? » in *Le procès équitable et la protection jurisprudentielle du citoyen*, colloque Bordeaux, 29-30 sept. 2000, Bruylant., 2001, p. 91.

²⁹² C.E.D.H., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, *A.J.D.A.*, 2000, p. 1012, obs. J.-F. Flauss ; *R.T.D. civ.*, 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁹³ S'agissant du Portugal, v. entre autres : Acórdão 163/1990 du 23 mai 1990, *op. cit.* ; Acórdão 444/1991 du 20 novembre 1991, *op. cit.* Concernant l'Espagne, V. par ex. STC 16/1981 du 18 mai 1981, *B.O.E.* du 16 juin 1981, FJ 5.

²⁹⁴ TGI Paris, 1^{ère} ch. 5 novembre 1997, *D.*, 1998, p. 8, note M.-A. Frison-Roche ; C.E., 28 juin 2002, *Magiera*, *Rec.* p. 248 ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 596, chron. Fr. Donnat et D. Casas ; *R.F.D.A.*, 2002, p. 756, concl. Fr. Lamy ; *J.C.P. G.*, 2003, n° 39, p. 1682, note J.-J. Menuret.

²⁹⁵ J.M. Serrano Alberca, « *Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales : un análisis del artículo 24 de la Constitución española* », *op. cit.*, p. 443.

²⁹⁶ L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 965.

²⁹⁷ C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91.

²⁹⁸ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 344.

au-delà du droit à une décision, soit-elle favorable ou défavorable²⁹⁹, le droit à son exécution et à son intangibilité³⁰⁰. Dans un sens similaire, le juge constitutionnel portugais précise qu'à partir du moment où la décision du tribunal est prononcée, le justiciable est en droit de revendiquer son exécution et son effectivité³⁰¹. Et si la jurisprudence française semble moins aboutie sur ce point, le Conseil constitutionnel a tout de même donné une force particulière au droit à l'exécution des décisions de justice lors de l'examen de la *loi relative à la lutte contre les exclusions*. Il a effectivement affirmé que seules « *des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public* » sont susceptibles de permettre une dérogation à la règle selon laquelle tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée³⁰².

114. Quoi qu'il en soit, cette extension du droit fondamental au juge s'inscrit, une fois de plus, dans une perspective de renforcement de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux étant donné qu'elle tend à s'assurer que les décisions de justice, dont celles touchant au domaine des droits et libertés, ne demeurent pas purement déclaratoires et théoriques. L'objectif ici poursuivi est on ne peut plus clair : permettre au justiciable de jouir effectivement de la protection des droits fondamentaux offerte par le juge. Car, à quoi bon affirmer le droit à recours juridictionnel, aussi respectueux soit-il des exigences que sont celles d'une justice de qualité, si les décisions rendues par le juge ne sont pas respectées.

115. Animé par le souci d'assurer l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits et libertés, le droit au juge, de par ses différentes déclinaisons que sont la possibilité d'accéder à tribunal, le droit à un « bon » juge et l'obligation d'exécution des décisions de justice, favorise non seulement le libre accès des individus à un tribunal, mais également le développement d'une justice de qualité. En cela, l'accession de la garantie juridictionnelle au rang de droit fondamental contribue à asseoir un peu plus encore le statut privilégié du juge au sein du système institutionnel de protection des droits fondamentaux. Pour autant, la seule consécration du droit à un recours juridictionnel ne saurait suffire à assurer l'exercice des droits et libertés. Ce qui importe également c'est l'existence de voies de recours susceptibles de satisfaire aux besoins des droits fondamentaux et aux attentes de leurs bénéficiaires. Les systèmes juridictionnels français, portugais et espagnol semblent répondre à cette exigence dans une large mesure.

B. La mise en place de voies de recours juridictionnels adaptées à la protection des droits fondamentaux

116. Thème de prédilection des manuels de droit des libertés fondamentales, voire de droit constitutionnel général, la question des recours juridictionnels de garantie des droits fondamentaux est d'un grand classicisme. Son étude se révèle néanmoins indispensable car les voies de recours actuellement existantes en France et de l'autre côté des Pyrénées

²⁹⁹ STC 37/1982 du 16 juin 1982, *B.O.E.* du 16 juillet 1982, FJ 1.

³⁰⁰ STC 207/2003 du 1er décembre 2003, *B.O.E.* du 8 janvier 2004, FJ 2.

³⁰¹ Acórdão 444/1991 du 20 novembre 1991, *op. cit.*

³⁰² Cons. const., décision 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, *Rec.* p. 276, *J.O.* du 31 juillet 1998, p. 11710.

semblent on ne peut plus adaptées aux exigences des droits fondamentaux et, de ce fait, conduisent à douter de l'insuffisance du juge pour assurer l'effectivité des droits de la personne humaine. Tandis que l'Espagne et le Portugal proposent un système de justice constitutionnelle extrêmement perfectionné³⁰³ et consacrent, au sein même de leur texte constitutionnel³⁰⁴, un contrôle juridictionnel de l'administration, la France s'est efforcée de tirer les enseignements des critiques régulièrement adressées par la doctrine à l'égard des lacunes affectant son système de justice administrative et, surtout, constitutionnelle³⁰⁵. De sorte que, aujourd'hui, elle peut se prévaloir, à l'image des pays ibériques, d'un système juridictionnel de garantie des droits et libertés relativement complet³⁰⁶. En effet, alors même que les procédures classiques de contrôle de la constitutionnalité des normes participent à la protection des droits fondamentaux (1), les trois systèmes juridiques ont développé des recours juridictionnels spécialement aménagés pour protéger les droits des individus (2).

1. La participation des procédures classiques de contrôle de la constitutionnalité des normes à la protection des droits fondamentaux

117. Les procédures de contrôle de la constitutionnalité des normes, dans la mesure où elles permettent de sanctionner les actes des autorités normatives portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis, sont classiquement appréhendées comme des éléments déterminant des droits fondamentaux. A tel point que l'on a parfois tendance à oublier que de telles procédures, à l'instar du contrôle de conventionnalité³⁰⁷, n'ont pas pour objet exclusif la

³⁰³ Notamment, le professeur Pierre Bon affirme que le Tribunal constitutionnel espagnol constitue « *une illustration exemplaire du modèle des cours constitutionnelles européennes* », tant sur le plan de son organisation que du point de vue de ses attributions (« Le Tribunal constitutionnel. Etude d'ensemble », in P. Bon, F. Moderne, Y. Rodriguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, P.U.A.M., Collection droit public positif, Paris, 1984, pp. 17 et ss.).

³⁰⁴ Au Portugal, la norme fondamentale prévoit, aux termes de son article 266, que l'administration doit agir dans le respect de la légalité, tandis que ses articles 268.4 et 5 consacrent le droit à un recours juridictionnel contre les actes administratifs. En Espagne, l'article 106.1 de la Constitution dispose que : « *Les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'action de l'administration, ainsi que sa soumission aux fins qui la justifient* ».

³⁰⁵ On songera notamment à l'absence originelle de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois et de mécanismes juridictionnels spécialement aménagés pour la protection des droits fondamentaux.

³⁰⁶ Sans compter que, au sein des trois systèmes juridiques objets de notre étude, ce volet national se double d'un volet européen au sein duquel le dispositif de la Convention européenne des droits de l'homme garantit un droit de recours supranational unique au monde spécialement aménagé pour la protection des droits fondamentaux. Permettant à tout individu relevant de la juridiction d'un Etat contractant, indépendamment de sa nationalité, d'obtenir la sanction des actes de l'Etat ou des particuliers portant atteintes aux droits et libertés protégés par la Convention, cette ultime voie de recours se présente comme un formidable outil au service de l'Etat de droit. Elle offre la certitude pour toute personne de trouver un juge en mesure de protéger ses droits et libertés dans l'hypothèse où elle ne parviendrait pas à obtenir cette protection devant le juge national. Le choix a toutefois été fait de privilégier les voies de recours internes. Sans minimiser l'importance de la protection des droits fondamentaux offerte par la Cour européenne des droits de l'homme, l'exclusion est ici commandée en raison du cadre essentiellement interne de l'étude envisagée.

³⁰⁷ Le contrôle de conformité ou de compatibilité des normes juridiques aux conventions internationales n'a pas pour fonction exclusive la protection des droits fondamentaux dans la mesure où toutes les dispositions de droit international ne s'intéressent pas à la problématique des droits de la personne humaine. Il est néanmoins certain que lorsque le juge se trouve saisi d'un litige mettant en jeu une norme portant atteinte à un droit ou une liberté conventionnellement protégé, l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité contribue à protéger les droits fondamentaux. En somme, le contrôle de conventionnalité des normes, à l'identique du contrôle de constitutionnalité, participe, de façon épisodique et dérivé, à la protection des droits fondamentaux. Sur ce point,

protection des droits de la personne humaine. Comme le rappelle très justement le professeur Pierre Bon, « leur fonction principale et permanente est de sauvegarder la suprématie de la Constitution dans la totalité de ses dispositions et non pas seulement dans celles relatives aux droits et libertés ». Mais, à Pierre Bon de poursuivre, « lorsqu'est en cause une disposition relative aux droits fondamentaux, ces procédures peuvent permettre d'en assurer très efficacement la protection »³⁰⁸, étant donné que toute norme contraire à cette disposition est susceptible d'être expurgée de l'ordre juridique à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Or, la France et les pays ibériques ont développé des procédures de contrôle de la constitutionnalité des normes à mêmes de soumettre l'ensemble des autorités normatives au respect des droits fondamentaux. Ces dernières subordonnent non seulement les actes du législateur, en particulier les lois (a), mais également ceux de l'administration, du juge et des personnes privées (b) aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

a. Un facteur de subordination de la loi au respect des droits constitutionnellement garantis

118. Sonnant l'hallali de la puissance illimitée du Parlement³⁰⁹, le contrôle de constitutionnalité des lois, en tant qu'il permet de censurer toute disposition législative liberticide, se présente comme un instrument particulièrement adapté à la protection des droits fondamentaux³¹⁰. Sa généralisation en Europe, à laquelle n'ont pas échappé la France et la péninsule ibérique, se caractérise, principalement³¹¹, par l'apparition de deux procédures de contrôle : le contrôle abstrait et le contrôle concret³¹².

les développements relatifs à la protection des droits fondamentaux par le prisme du contrôle de constitutionnalité sont transposables, *mutatis mutandis*, au contrôle de conventionnalité. Pour autant, cette voie de droit ne saurait faire ici l'objet d'une étude détaillée car, en réalité, il n'y a guère qu'en France où elle connaît un véritable rayonnement. En effet, en Espagne et au Portugal, le contrôle de conventionnalité ne s'est jamais véritablement développé dès lors que, depuis le retour de la démocratie, il existe des voies de recours permettant au justiciable de saisir directement le juge constitutionnel afin que celui-ci sanctionne les lois inconstitutionnelles. En revanche, en France, la consécration du contrôle de conventionnalité a permis de faire office de palliatif à l'absence initiale de mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois. En particulier, dès l'instant où le juge ordinaire s'est reconnu compétent pour écarter l'application d'une disposition législative contraire à une règle de droit international (Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. civ., chambre mixte, n° 4, p. 4 ; C.E. Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190), le justiciable s'est trouvé en mesure d'accéder directement au prétoire d'un juge susceptible de protéger ses droits fondamentaux contre l'action du législateur. Et ce d'autant plus que les droits et libertés protégés à l'échelle conventionnelle sont globalement les mêmes que ceux protégés au niveau constitutionnel (sur ces questions, v. D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, p. 226 ; « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 114-115.).

³⁰⁸ P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 262.

³⁰⁹ J. Chevallier, « L'Etat de droit », *op. cit.*, p. 343 ; J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », in J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, *op. cit.*, p. 129.

³¹⁰ D. Turpin, « La protection par le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Les droits de l'homme en question*, La Doc. fr., Paris, 1989, p. 183.

³¹¹ A noter la spécificité portugaise de l'inconstitutionnalité par omission, prévue par l'article 283 de la Constitution. Il s'agit là d'une attribution tout à fait remarquable du Tribunal constitutionnel portugais permettant à celui-ci de constater l'inertie de l'organe législatif lorsqu'il n'adopte pas les mesures nécessaires à l'exécution des dispositions de la norme suprême. De toute évidence, cette voie de droit se présente comme un

119. Le contrôle abstrait, dont les modalités d'exercice varient sensiblement selon le système juridique considéré, renvoie à l'hypothèse où une autorité publique, généralement politique, saisie le juge constitutionnel, en dehors de tout litige, du contrôle de constitutionnalité d'une loi. Tandis que l'article 61 de la Constitution française prévoit que ce contrôle est exercé par le Conseil constitutionnel avant la promulgation de la loi, l'article 161-1.a) de la Loi fondamentale espagnole précise que le recours en inconstitutionnalité s'effectue de façon *a posteriori*, durant un délai de trois mois à partir de la publication de la disposition normative ayant force de loi³¹³. Quant au Portugal, celui-ci combine de façon tout à fait originale les deux modèles de contrôle abstrait³¹⁴, si bien que le Tribunal constitutionnel peut se prononcer sur la constitutionnalité des lois aussi bien avant leur promulgation qu'une fois celles-ci entrées en vigueur.

120. Mais l'essentiel n'est pas là ! Ce qui importe effectivement c'est que, quelque soit la procédure envisagée, le contrôle abstrait se présente comme un mécanisme incontournable en matière de protection des droits fondamentaux en ce que, outre sa capacité à sanctionner les lois contraires à la Constitution, il permet au juge de préciser les modalités de production des normes législatives afin que ces dernières répondent aux exigences des droits et libertés constitutionnellement garantis³¹⁵. Aussi favorise-t-il la mise en œuvre d'« *une véritable pédagogie des droits et libertés, favorable à une large diffusion de la problématique des droits fondamentaux* »³¹⁶.

121. Le contrôle concret, pour sa part, postule une intervention du juge de la constitutionnalité des lois à l'occasion d'un litige. En Espagne, cette voie de droit, prévue par l'article 163 de la Constitution, est tout ce qu'il y a de plus classique dans le cadre du modèle européen de justice constitutionnelle. Elle prend la forme d'une question préjudicielle de constitutionnalité permettant à tout tribunal ordinaire, qui a des doutes sur la constitutionnalité d'une loi dont il a à faire application dans le cadre d'un procès, de sursoir à statuer et de poser au Tribunal constitutionnel la question de constitutionnalité de la norme³¹⁷. Au Portugal, en

instrument susceptible de contribuer à la concrétisation des droits et libertés constitutionnellement garantis, spécialement des droits-créances dont l'effectivité est conditionnée par l'*interpositio legislatoris* (v. *infra*, n° 336).

³¹² Sur ce point, il convient toutefois de souligner que la France a longtemps accusé un retard certain car, jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la sanction des dispositions législatives contraires à la Constitution s'effectuait exclusivement dans le cadre d'un contrôle abstrait. Même si, il est vrai, que le contrôle de conventionalité des lois opéré par le juge ordinaire « *s'apparente à un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception* » (B. Stirn, « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *R.D.P.*, 2006, p. 131).

³¹³ Art. 33-1 de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 portant sur le Tribunal constitutionnel, *B.O.E.* du 5 octobre 1979, p. 23186. Il convient toutefois de noter que jusqu'en 1985 ce contrôle *a posteriori* se doublait, à l'image de la France et du Portugal, d'un contrôle *a priori* (Pour une étude récente de cette question, v. P. Cruz Villalon, « Le contrôle a priori en Espagne, vingt ans après sa suppression », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 95).

³¹⁴ Le contrôle abstrait *a priori* est prévu par l'article 278 de la Constitution, tandis que le contrôle abstrait *a posteriori* est consacré par l'article 281 du texte constitutionnel.

³¹⁵ L. Prieto Sanchís, « La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad », *Anuario de derechos humanos*, 1981, pp. 373-374.

³¹⁶ L. Favoreu (Dir.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 344.

³¹⁷ Il convient de noter que la question prioritaire de constitutionnalité française fonctionne sur la base d'un schéma similaire. Toutefois, à la différence du modèle espagnol de la question préjudicielle, le mécanisme français peut être rangé parmi les garanties juridictionnelles spécialisées dans la protection des droits

revanche, le contrôle concret connaît un « *aménagement tout à fait spécifique par rapport au modèle européen puisqu'il combine, de façon semble-t-il unique, un contrôle diffus de type nord-américain et un contrôle concentré de type européen* »³¹⁸. Le contrôle est dit diffus en ce sens que tout tribunal est compétent pour contrôler la constitutionnalité des normes législatives à l'occasion d'un litige dont-il est saisi³¹⁹. Autrement dit, le juge *a quo* est compétent pour connaître et décider de l'inconstitutionnalité de la loi³²⁰. « *Mais, et c'est là l'élément du contrôle concentré qui se greffe sur ces mécanismes de contrôle diffus, ces jugements qui prennent partie sur des questions de constitutionnalité [peuvent] faire l'objet d'un recours devant le Tribunal constitutionnel, ce dernier ne statuant que sur la question de la constitutionnalité de la norme* »³²¹. Le recours peut alors être introduit par le justiciable, ce qui offre l'opportunité à ce dernier de faire valoir directement ses droits fondamentaux devant le Tribunal constitutionnel³²².

122. Pour finir, il convient de mentionner que toute déclaration d'inconstitutionnalité prononcée dans le cadre d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori* est normalement revêtue de l'autorité de chose jugée et conduit à l'annulation *erga omnes* de la disposition législative censurée³²³. Ce faisant, on comprend aisément que les procédures de contrôle de la constitutionnalité des lois soient susceptibles de contribuer à la protection des droits

fondamentaux dans la mesure où son exercice est strictement limité à la matière des droits et libertés constitutionnellement garantis (pour une approche comparative des mécanismes espagnol et français, v. P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 123 et ss.).

³¹⁸ P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, op. cit., p. 125. Dans le même sens : M.L. Amaral, « Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2002, vol. II, p. 17.

³¹⁹ Sur ce point, le système Portugais tranche considérablement avec les systèmes espagnol et français où la compétence de la cour constitutionnelle en matière de contrôle de constitutionnalité des lois est exclusive.

³²⁰ R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., p. 643.

³²¹ P. Bon, op. cit., p. 126.

³²² Pour autant, le mécanisme portugais doit être appréhendé comme une procédure classique du contrôle de constitutionnalité des normes compte tenu du fait que son exercice n'est pas limité à la protection des droits fondamentaux. Pour une approche approfondie du contrôle concret à la portugaise, v. : P. Bon, op. cit., pp. 124-148 ; G. da Fonseca, « Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade », in *Scientia Juridica*, tomo XXXIII, 1984, p. 455 ; R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., pp. 642-646 ; J. Miranda, *Manual de direito constitucional, tomo VI, Inconstitucionalidade e garantia da constituição*, Coimbra Editora, 3^{ème} éd. revista e actualizada, 2008, pp. 209-247 ; A. Monteiro Diniz, « A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional », in J. de Sousa e Brito (Dir.), *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 199.

³²³ A l'exception toutefois des décisions rendues par le Tribunal constitutionnel portugais dans le cadre, non seulement de son contrôle concret, mais également de son contrôle *a priori*, qui ne sont revêtues que d'une autorité relative de chose jugée. Ainsi, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Tribunal en matière de contrôle *a priori* n'empêchent pas nécessairement l'entrée en vigueur de la norme. Notamment, le Président de la République peut décider de promulguer une loi déclarée inconstitutionnelle si le Parlement l'a confirmé à la majorité des deux tiers. De sorte que, en réalité, ce sont les autorités politiques qui décident de la suite à donner à la déclaration d'inconstitutionnalité (v. P. Bon, op. cit., pp. 119 et ss. ; R. Garnier, op. cit., pp. 688-691). En somme, les seules décisions du Tribunal constitutionnel portugais qui concluent à l'inconstitutionnalité la norme déférée avec force obligatoire générale sont celles rendues en matière de contrôle abstrait *a posteriori*. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Tribunal accepte de connaître, dans le cadre de son contrôle abstrait *a posteriori*, de la constitutionnalité de normes qu'il avait déjà examinées dans le cadre d'une procédure de contrôle *a priori* (en ce sens, v. par ex. Acórdão 66/84 du 3 juillet 1984, *D.R.* série II du 9 août 1984, FJ 2).

constitutionnellement garantis contre l'action du législateur³²⁴. Toutefois, « *la pleine effectivité des droits et libertés ne se satisfait pas du contrôle de conformité de la loi à la Constitution* »³²⁵. Encore faut-il que les autres autorités normatives soient soumises au respect des droits fondamentaux. Or, les procédures de contrôle de la constitutionnalité des normes instaurées en France et sur la péninsule ibérique permettent également de satisfaire à une telle exigence.

b. Un facteur de subordination des actes de valeur infralégislative au respect des droits constitutionnellement garantis

123. Le législateur n'est pas la seule autorité susceptible de méconnaître les droits fondamentaux, loin s'en faut. Les particuliers, le juge et, surtout, l'administration, de par ses prérogatives de puissance publique et son intervention quotidienne dans la vie des administrés³²⁶, constituent autant de sources d'atteintes potentielles aux droits et libertés des individus. Par conséquent, la mise en place de mécanismes juridictionnels propres à sanctionner les violations de la Constitution par ces autorités normatives est tout aussi essentielle que l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois.

124. Conscients de cette réalité, la France, l'Espagne et le Portugal organisent des voies de recours à même de subordonner les actes de valeur infralégislative au respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. En principe, le contrôle de constitutionnalité auquel donnent lieu ces voies de recours relève de la compétence du juge ordinaire. Plus précisément, le juge judiciaire doit s'assurer que les actes juridiques des particuliers respectent la Constitution, tandis que le juge administratif est compétent pour censurer les actes de l'administration violant la norme suprême. Quant au contrôle de la conformité des actes juridictionnels à la Constitution, son exercice incombe, du moins en dernier ressort, à la Cour suprême de l'organisation judiciaire ou de l'ordre juridictionnel au sein duquel la décision de justice a été adoptée³²⁷.

125. Cette présentation schématique des choses, valable dans une large mesure, doit néanmoins être nuancée.

³²⁴ Il est toutefois évident que le rôle joué par la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois en matière de protection des droits fondamentaux est sensiblement moins important au sein des systèmes juridiques, tels que l'Espagne, organisant une voie d'accès au Tribunal constitutionnel spécialement aménagée pour la protection des droits et libertés. (V. sur ce point : P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 265 ; L. Prieto Sanchís, « La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad », *op. cit.*, p. 373).

³²⁵ F. Moderne, « Le juge constitutionnel face aux pouvoirs publics », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2001, vol. I, p. 67.

³²⁶ V. *infra*, n° 362 à 371.

³²⁷ En réalité, tout dépend du modèle d'organisation du système juridictionnel. En Espagne, l'unité de l'ordre juridictionnel implique qu'il n'existe qu'une cour suprême – le Tribunal suprême – compétente pour connaître en dernier ressort de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions inférieures, dont celles des tribunaux administratifs. En revanche, en France et au Portugal, le système juridictionnel repose sur le principe de dualité de juridiction avec au sommet de chaque ordre juridictionnel une Cour suprême compétente pour connaître des décisions rendues par les juridictions placées sous son autorité.

126. *Primo*, le juge ordinaire ne dispose pas nécessairement d'une compétence exclusive en matière de contrôle de constitutionnalité des normes infralégislatives. C'est par exemple le cas au Portugal où la Constitution habilite le Tribunal constitutionnel, dans le cadre de son contrôle concret et, de façon tout à fait originale, à l'occasion de son contrôle abstrait *a posteriori*³²⁸, à contrôler la constitutionnalité de toute norme³²⁹, dont les actes normatifs de l'administration³³⁰. Il partage cette compétence avec les tribunaux ordinaires, lesquels « [...] ne peuvent appliquer aux faits occasionnant un jugement des normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont inscrits »³³¹. Sur ce point, le système juridictionnel portugais détonne considérablement par rapport à celui de la France et de l'Espagne où seul le juge ordinaire est compétent pour contrôler de la constitutionnalité des actes de l'administration. En ce sens, le Tribunal constitutionnel espagnol considère que « *le jugement de constitutionnalité se réfère aux lois et aux dispositions normatives ou actes ayant force de loi, ce qui interdit un jugement de constitutionnalité des règlements* »³³².

127. *Secundo*, l'existence d'une juridiction administrative spécialisée n'empêche pas qu'une partie des litiges concernant l'administration, dont ceux touchant aux droits fondamentaux, soient jugés par le juge judiciaire³³³. En atteste l'article 66 de la Constitution française qui érige l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle³³⁴.

128. Mais, après tout, peu importe le juge compétent pour contrôler la conformité des normes aux droits et libertés garantis par la Constitution du moment que ce contrôle est effectivement et efficacement exercé³³⁵. A cet égard, le recours pour excès de pouvoir français constitue un mécanisme particulièrement adapté à la protection des droits fondamentaux. Dispensée du ministère d'avocat, cette voie de droit permet à tout individu justifiant d'un intérêt à agir de saisir le juge administratif en vue d'obtenir l'annulation d'un acte de

³²⁸ Art. 281-1.a).

³²⁹ Si bien que, en réalité, il n'y a guère que dans le cadre de son contrôle abstrait *a priori* que le Tribunal constitutionnel n'est pas compétent pour connaître de la constitutionnalité des actes de valeur infralégislative. Encore que, même en cette matière, il peut être saisi de recours contre les décrets réglementaires régionaux appliquant les lois générales de la République (Art. 115-4 de la Constitution).

³³⁰ Pour une approche approfondie, v. P. Bon, *in* P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, pp. 70 et ss.

³³¹ Art. 204 de la Constitution portugaise.

³³² STC 141/1985 du 22 octobre 1985, cité par F. Moderne, « Le juge constitutionnel face aux pouvoirs publics », *op. cit.*, p. 88. Bien entendu, cette position de principe cède le pas en matière de recours d'*amparo* où le Tribunal constitutionnel recouvre sa compétence de protection des droits fondamentaux contre les actes de l'administration et les actes juridictionnels. Mails, à la vérité, il ne s'agit plus là d'une procédure de contrôle des normes *stricto sensu*.

³³³ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 75.

³³⁴ Pour une approche approfondie, v. S. Tsikliritas, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 155, Paris, 1991, pp. 229 et ss. Il importe toutefois de souligner que le juge judiciaire est de plus en plus concurrencé par le juge administratif en cette matière. Benjamin Ricou constate en ce sens que les politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence du juge administratif conduisent à une « *neutralisation partielle de l'article 66 confiant la garde la liberté individuelle à l'autorité judiciaire* » (*Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, tome I, th. dactylographiée, Pau, 2009, p. 127).

³³⁵ Le propos se doit toutefois d'être nuancé dans la mesure où la dualité de juridictions entrave parfois l'accès au juge et l'efficacité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux (v. *infra*, n° 245 à 248).

l'administration contraire à la Constitution³³⁶ ou, plus largement, au bloc de légalité. Elle est, pour reprendre les mots du professeur Gaston Jèze, « *la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui puisse exister au monde pour défendre les libertés* »³³⁷. Et ce d'autant plus que l'office du juge administratif français, à l'image de celui de ses homologues espagnol et portugais, a fait l'objet de renforcement constants ces dernières années. A tel point que le Huron mis en scène par le professeur Jean Rivero il y a de ça un demi-siècle serait bien surpris s'il revenait en visite au Palais-Royal³³⁸. Deux avancées notables du point de vue de l'Etat de droit rendent compte de ce mouvement de consolidation des prérogatives du juge administratif.

129. En premier lieu, la France et les pays ibériques ont développé des procédures de sursis à exécution de nature à pallier les problèmes posés par le privilège de la décision exécutoire associé au principe du caractère non-suspensif des recours³³⁹ et, partant, à s'assurer que l'atteinte aux droits et intérêts légitimes du justiciable ne soit pas consommée à ce point que toute intervention du juge s'avère inutile. En France, le bouleversement résulte de l'introduction du référé-suspension³⁴⁰ par la loi du 30 juin 2000³⁴¹. Prévues par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, cette procédure d'urgence remplace l'ancien mécanisme du sursis à exécution dont la rigueur des conditions de mise en œuvre, strictement interprétées par le juge administratif³⁴², entravait dans une large mesure son effectivité. Désormais, « *quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation*

³³⁶ La demande d'annulation d'un acte de l'administration en raison de son inconstitutionnalité rencontre toutefois un obstacle de taille à travers la théorie de l'écran législatif, laquelle postule qu'un acte administratif contraire à la Constitution bénéficie d'une immunité juridictionnelle en raison de sa conformité à la loi. Cette situation s'explique au regard du refus du juge administratif de contrôler la constitutionnalité des lois (C.E. Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Rec.* p. 966 ; *R.D.P.*, 1936, p. 671, concl. R. Latournerie. Pour un point de vue récent : B. Genevois, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *R.F.D.A.*, 2000, p. 715), le conduisant à affirmer que contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif conforme à une disposition législative impliquerait de contrôler la constitutionnalité de cette loi, ce pourquoi il n'est pas compétent. En d'autres termes, censurer l'acte administratif pour inconstitutionnalité reviendrait à censurer la loi. Il convient néanmoins de souligner que l'introduction récente du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité permet de pallier dans une large mesure à cette problématique de l'écran législatif, dès lors que le juge administratif est désormais habilité, sur demande du justiciable, à saisir le Conseil constitutionnel d'une loi inconstitutionnelle dont il a à faire application à l'occasion d'un litige dont-il est saisi (v. *infra*, n° 148 et ss.).

³³⁷ G. Jèze, *Rapport à l'institut international de droit public*, Annuaire de l'institut, 1929, p. 162, cité par A-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, *op. cit.*, p. 1.

³³⁸ J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p. 36. Sur les lacunes originelles du système français de justice administrative, v. également : G. Braibant, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs », *E.D.C.E.*, 1961, pp. 59 et ss. ; X. Prétot, « Réflexions sur la justice administrative », *D.*, 1986, p. 271 ; J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Editions Sirey, Paris, 1963, pp. 824 et ss.

³³⁹ Sur ces questions, v. S. Correia, R. Medeiros, B. Diniz de Ayala, « Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?) », in *Estudos de direito processual administrativo*, Lex, Lisboa, 2002, pp. 102 et ss. ; G. Lavau, « Du caractère non-suspensif des recours devant les juridictions administratives », *R.D.P.*, 1950, p. 777 ;

³⁴⁰ Sur le référé-suspension, v. not. : V. Ogier-Bernaud, « Le référé-suspension et la condition d'urgence », *R.F.D.A.*, 2002, p. 284 ; S. Overney, « Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge », *A.J.D.A.*, 2001, p. 714 ; R. Vandermeeren, « Le référé-suspension », *R.F.D.A.*, 2002, p. 250.

³⁴¹ Art. 4 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, *op. cit.*

³⁴² L'exécution devait causer un dommage difficilement réparable et les moyens invoqués sur le fond devaient paraître sérieux. De surcroît, le Conseil d'Etat refusait de prononcer le sursis à l'exécution des décisions de refus et statuait avec une lenteur caractérisée (J. Waline, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 627).

ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Dans un sens similaire, le sursis à exécution espagnol, initialement organisé par la loi 62/1978 du 26 décembre 1978³⁴³, a fait l'objet de renforcement sensible à l'occasion de l'adoption de la loi n° 29-1998 de régulation de la juridiction du contentieux-administratif³⁴⁴. Cette dernière transforme considérablement la justice administrative espagnole en lui assignant une double mission de soumission au droit de l'action administrative et, surtout, de protection des droits et intérêts légitimes des individus³⁴⁵. En conséquence, le juge, en vue d'« assurer l'efficacité du jugement »³⁴⁶, peut ordonner non seulement la suspension des actes administratifs, mais également la cessation des agissements attaqués lorsque le recours est dirigé contre une voie de fait. Au Portugal, également, le Code de contentieux administratif, adopté le 22 février 2002³⁴⁷, prévoit que le requérant peut demander le sursis à l'exécution d'un acte administratif ou d'une norme afin de s'assurer de l'utilité de la sentence qui lui sera rendue.

130. En second lieu, le juge administratif s'est vu attribué des prérogatives de nature à contraindre l'administration à exécuter les décisions de justice rendues contre elle. En cette matière, l'avancée la plus notable réside dans la mise en place de l'injonction en vue de l'exécution de la chose jugée. Permettant au juge d'indiquer, dans le texte de sa décision, ce qu'implique exactement son exécution, ce mécanisme s'avère essentiel dès lors que la seule annulation de l'acte illégal n'est pas toujours suffisante pour rétablir le justiciable dans ses droits³⁴⁸. En France, sa consécration par la loi du 8 février 1995³⁴⁹ met un terme au refus traditionnel du juge administratif français de préciser à l'administration les suites qu'elle devrait donner à une décision de justice rendue à son encontre³⁵⁰. De surcroît, elle vient compléter le mécanisme de l'astreinte autorisant le juge à condamner l'administration au paiement d'une somme d'argent à raison de tant par jour de retard dans l'exécution de la décision de justice³⁵¹. En Espagne, la capacité du juge à faire exécuter ses sentences,

³⁴³ V.J. Díaz Delgado et V. Escuin Palop, « La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales », *R.A.P.*, 1988, n° 117, p. 193.

³⁴⁴ Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *B.O.E.* du 14 juillet 1998, p. 23516.

³⁴⁵ M. Fromont, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *R.F.D.A.*, 2002, p. 554.

³⁴⁶ Art. 129 de la loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*

³⁴⁷ Loi n° 15-2002 du 22 février 2002, *D.R.* série I du 22 février 2002, p. 1422.

³⁴⁸ Pour des études détaillées, v. : J.-P. Costa, « L'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.*, 1995, p. 227 ; J. Gourdou, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995 », *R.F.D.A.*, 1996, p. 333 ; C. Guettier, « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.*, 1996, p. 66 ; C. Maugüe, « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice, op. cit.*, p. 591 ; F. Moderne, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 43

³⁴⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *J.O.* du 9 février 1995, p. 2186.

³⁵⁰ Ce refus était justifié à l'aune du principe de séparation du juge administratif et de l'administration active. En précisant à l'administration les conséquences à tirer des décisions de justices rendues contre elles, le juge administratif était considéré comme faisant œuvre d'administrateur actif.

³⁵¹ Loi n° 80-359 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, *J.O.* du 17 juillet 1980, p. 1799.

organisée par les articles 103 à 113 de la loi de régulation de l'ordre juridictionnel contentieux-administratif³⁵², est renforcée par la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle « [...] les biens patrimoniaux de l'administration ont perdu leur caractère d'insaisissabilité, sauf à être affectés à un usage ou à un service public »³⁵³. Enfin, au Portugal, la procédure d'injonction en vue de l'exécution de la chose jugée, apparue dès le décret-loi n° 256-A/77 du 17 juin 1977³⁵⁴, est prévue depuis le 1^{er} janvier 2004 et l'entrée en vigueur de la réforme du contentieux administratif par l'article 173 du Code de procédure des tribunaux administratifs³⁵⁵. Ces derniers prévoient, notamment, qu'à défaut d'exécution spontanée de la décision de justice le tribunal peut déterminer le contenu même des actes à adopter assorti d'une astreinte jusqu'à l'exécution. Dans ces conditions, la protection des droits et libertés offerte par le juge administratif ne peut que gagner en effectivité puisque le justiciable à l'assurance de voir les décisions de justices rendues en sa faveur appliquées par l'administration.

131. Ainsi, les procédures classiques de contrôle de la constitutionnalité des normes développées par la France et les pays ibériques participent activement à la défense des droits fondamentaux, et ce alors même qu'il ne s'agit là que d'une « *fonction épisodique et dérivée* »³⁵⁶. Aussi témoignent-elles du rôle déterminant du juge en matière de protection des droits et libertés. Ce rôle se trouve renforcé par la mise en place de recours juridictionnels spécialisés dont la fonction principale et permanente est, cette fois-ci, la protection des droits des individus.

2. La création de recours juridictionnels spécialement aménagés pour la protection des droits fondamentaux

132. L'importance attachée aux droits fondamentaux au sein des démocraties libérales contemporaines a conduit la France, l'Espagne et le Portugal à mettre en place des voies de recours spécialement aménagées pour en assurer l'effectivité. De tels recours, qui témoignent de la place privilégiée du juge en matière de défense des droits et libertés, existent non seulement devant le juge ordinaire (a), mais également devant le juge constitutionnel (b).

³⁵² Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : D. Berberoff Ayuda, « *Diagnosis de la ejecución de sentencias* », in F.J. Pueyo Calleja (Dir.), *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, Consejo general del poder judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2005, p. 161 ; L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo, parte general*, Civitas, Thomson Reuters, 2010, pp. 518-521 ; G. Pellissier, « *Aperçus sur le contentieux administratif espagnol* », *R.F.D.A.*, 2008, pp. 835 et ss.

³⁵³ STC 166/1998 du 15 juillet 1998, cité par Montserrat Cuchillo I Foix, « *Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol* », *A.J.D.A.*, 1999, p. 762.

³⁵⁴ Sur ce point, v. : S. Correia, « *Les limites du pouvoir d'injonction du juge administratif portugais* », in S. Correia, R. Medeiros, B. Diniz De Ayala, *Estudos de direito processual administrativo, op. cit.*, p. 174.

³⁵⁵ Pour une analyse approfondie de l'exécution des décisions de justice au Portugal, v. M. Aroso de Almeida, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 361 et ss.

³⁵⁶ P. Bon, « *Le Tribunal constitutionnel. Etude d'ensemble* », in P. Bon, F. Moderne, Y. Rodriguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, P.U.A.M., Collection droit public positif, Paris, 1984, p. 107.

a. Les procédures d'urgence spécialisées dans la protection des droits fondamentaux devant le juge ordinaire

133. Définies par Maria Fernanda Maçãs comme « *des procès principaux, autonomes et indépendants [...] dont le dénominateur commun réside dans le besoin urgent d'obtenir une décision* »³⁵⁷, les procédures d'urgence ne se limitent pas exclusivement au domaine des droits fondamentaux. Au contraire, la plupart de ces procédures existent en dehors de toute finalité de protection des droits et libertés, même si elles peuvent faire bénéficier à ces derniers de leurs avantages³⁵⁸. Les systèmes juridiques contemporains ont toutefois tendance à consacrer des voies de recours reposant sur des principes de célérité et de simplicité dont la fonction exclusive est la protection des droits de la personne humaine contre l'action de l'administration. C'est par exemple le cas du Portugal et de l'Espagne où la Constitution³⁵⁹ « *consacre le droit, pour toute personne détenue, à comparaître dans les plus brefs délais devant la justice et à bénéficier de l'appréciation impartiale d'un juge quant à la légalité de sa privation de liberté* »³⁶⁰. Visant à prévenir toute détention arbitraire, cette procédure d'*habeas corpus* participe évidemment à la protection des droits fondamentaux. Elle se révèle néanmoins limitée dans la mesure où la garantie offerte ne couvre que la liberté individuelle³⁶¹.

134. En revanche, il existe, en France et sur la péninsule ibérique, des procédures d'urgence présentant un champ d'application beaucoup plus étendu puisque susceptibles de protéger, sinon l'ensemble des droits fondamentaux, au moins une grande majorité d'entre eux. Ces procédures permettent à tout justiciable estimant que l'un de ses droits fondamentaux a été violé de saisir le juge ordinaire afin que celui-ci adopte, le plus rapidement possible et lorsque l'urgence le justifie, les mesures nécessaires en vue de faire cesser l'atteinte constatée. De tels dispositifs se révèlent être de précieux instruments de protection des droits fondamentaux car, si les mécanismes de garantie ordinaires permettent de sanctionner les atteintes portées aux droits et libertés, ces derniers se distinguent généralement par une procédure complexe et

³⁵⁷ M. Fernanda Maçãs, « *As formas de tutale urgente previstas no código de processo nos tribunais administrativos* », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra editora, Boletim da Faculdade de direito, Universidade de Coimbra, 2005, p. 211.

³⁵⁸ C'est par exemple le cas de la procédure de sursis à exécution précédemment étudiée. Cette voie de recours permet de protéger les droits fondamentaux dès lors que l'acte administratif dont l'exécution est suspendue porte atteinte à un droit ou une liberté de valeur supralégislative. Mais ceci demeure une fonction secondaire. Pour une approche concrète de cette problématique, le lecteur pourra se référer à la thèse du professeur Pierre Cambot à travers laquelle l'auteur démontre dans quelle mesure le mécanisme du sursis à exécution participe à la protection d'un droit fondamental déterminé : la liberté individuelle (*La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1998, pp. 437 et ss).

³⁵⁹ Au Portugal, cette procédure, dite d'*habeas corpus*, est prévue par l'article 31 de la Constitution. En Espagne, elle est consacrée par l'article 17-4 du texte constitutionnel.

³⁶⁰ P. Cambot, *op.cit.*, p. 454.

³⁶¹ Sur la procédure d'*habeas corpus*, le lecteur pourra utilement se référer à : C. Almela Vich, « *Algunas reflexiones en torno al procedimiento de habeas corpus* », *A.P.*, 1996, p. 221 ; J.A. de Vega Ruiz, « *El habeas corpus* », *B.I.M.J.*, 1983, p. 7 ; V. Gimeno Sendra, *El proceso de « habeas corpus »*, Tecnos, Temas Clave de la Constitución española, Madrid, 1985 ; J.L. Maronda Frutos et M.I. Tena Franco, « *El procedimiento de habeas corpus* », *R.G.D.*, 1995, p. 1635 ; R. Soriano, *El derecho de habeas corpus*, Congreso de los diputados, Madrid, 1986.

relativement lente, si bien que la protection est souvent octroyée avec un certain retard³⁶². Or, en matière de droits fondamentaux, les conséquences d'un retard excessif sont souvent désastreuses, ne serait-ce qu'en raison du fait que le rétablissement de la liberté à laquelle il a été porté atteinte est parfois impossible³⁶³. Sur la péninsule ibérique, cette voie de droit spécifique prend le nom de procédure sommaire et prioritaire, en France elle répond à l'appellation de référé-liberté fondamentale.

135. La procédure sommaire et prioritaire ibérique. En Espagne, « lorsque l'on a affaire à un droit de premier rang et seulement dans ce cas, l'article 53-2 de la Constitution dispose que le plaignant a le droit de demander protection au juge ordinaire en utilisant une procédure spéciale fondée sur les principes de priorité et d'urgence »³⁶⁴. Spécialement aménagée pour protéger les droits et libertés consacrés par les articles 14 à 29 de la Constitution³⁶⁵, cette procédure d'urgence, également dénommée recours d'*amparo* ordinaire, a longtemps fonctionné sur la base d'un système « transitoire »³⁶⁶ organisé par la loi du 26 décembre 1978 relative à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de la personne³⁶⁷. Actuellement, ce sont les lois régulatrices de chaque ordre juridictionnel qui en règlent l'exercice. De sorte qu'il n'existe pas une procédure sommaire et prioritaire commune à l'ensemble des contentieux mais une procédure spécifique pour chaque ordre juridictionnel envisagé. Pour s'en tenir à la matière administrative, le recours juridictionnel spécialisé est organisé par les articles 114 à 122 de la loi de régulation de l'ordre juridictionnel contentieux-administratif³⁶⁸. Caractérisée par l'urgence, la procédure mise en place déroge largement aux principes directeurs du droit administratif. La règle du recours administratif préalable obligatoire est écartée, les délais de procédure sont pour la plupart écourtés et, une fois l'instruction terminée, le tribunal dispose de cinq jours pour rendre sa décision. Sa finalité est de permettre à toute personne, estimant qu'une action ou une inaction de l'administration porte atteinte à l'un de ses droits fondamentaux, de saisir le juge afin que celui, dans les délais les plus brefs, constate l'illégalité et adopte toutes les mesures nécessaires au rétablissement ou à la préservation de la permission altérée³⁶⁹.

³⁶² J. García Morillo, *La protección de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 44.

³⁶³ V. *infra*, n° 352.

³⁶⁴ P. Bon, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », op. cit., p. 66.

³⁶⁵ En somme, les libertés protégés dans le cadre de la procédure sommaire et prioritaire sont les mêmes que celles couvertes par le recours d'*amparo* constitutionnel, exception faite de l'objection de conscience qui peut seulement être invoquée en matière d'*amparo* constitutionnel.

³⁶⁶ Régime transitoire lié à l'absence de loi organique développant la procédure spéciale prévue par l'article 53-2 de la Constitution et conduisant la loi organique du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel à affirmer que, tant que ne seront pas développées les dispositions de l'article 53-2, la procédure sommaire et prioritaire fonctionnera sur la base de la loi du 26 décembre 1978 relative à la protection des droits fondamentaux de la personne (P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », op. cit., p. 257). Sur le système établi par la loi du 3 février 1979, v. : F. Garrido Falla, « El artículo 53 de la Constitución », *R.E.D.A.*, 1979, n° 21, pp. 180-183 ; L.M. López Sanz-Aránguez, J. Sánchez-Junco Mans, M. Moix Blázquez, « Aplicación y eficacia práctica del proceso de amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales de la ley 62/78 », in *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, vol. I, op. cit., p. 207.

³⁶⁷ Loi n° 62-1978 du 26 décembre 1978, *B.O.E.* du 3 janvier 1979, p. 76.

³⁶⁸ Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, op. cit.

³⁶⁹ F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, op. cit., pp. 421-422 ; L. Martín Rebollo, « Nueve puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa », in

136. Au Portugal, la création d'une procédure d'urgence spécialisée dans la protection des droits fondamentaux a été rendue possible grâce à la révision constitutionnelle du 20 septembre 1997³⁷⁰. Cette dernière ajoute un cinquième alinéa à l'article 20 de la Constitution ainsi libellé : « *Afin de défendre les droits, libertés et garanties personnelles, la loi assure aux citoyens des procédures judiciaires caractérisées par leur rapidité et leur priorité, en vue d'obtenir la tutelle effective et en temps utile des tribunaux contre des menaces ou violations de ces droits* ». Sur le fondement de cette disposition, le législateur a consacré, à l'occasion de l'adoption du Code de contentieux administratif³⁷¹, un mécanisme d'« injonction » pour la protection des droits, libertés et garanties³⁷². A l'image de l'Espagne, cette voie de droit permet à certains droits fondamentaux – les droits, libertés et garanties personnelles prévus par les articles 24 à 47 de la norme suprême – de bénéficier d'une protection caractérisée par les principes de priorité et d'urgence. En vertu de l'article 109-1 du Code de contentieux administratif, l'intervention du juge peut être demandée à tout moment, dès l'instant où l'on se trouve dans une situation dont l'urgence rend indispensable l'adoption d'une décision pour assurer, en temps utile, la protection d'un droit, d'une liberté ou d'une garantie³⁷³. « *La célérité est obtenue à travers l'élimination de certaines phases de procédure, la réduction des délais et, dans certaines situations, la valorisation des audiences orales [...]* »³⁷⁴. Dès lors que l'urgence est particulièrement prononcée, le juge administratif statue dans un délai de quarante-huit heures³⁷⁵. Sur ce point, le mécanisme portugais se rapproche du référé-liberté fondamentale français.

137. Le référé-liberté fondamentale français. Consacré à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative³⁷⁶ par la loi du 30 juin 2000³⁷⁷, le référé-liberté fondamentale³⁷⁸ est à

M.J. Montoro Chiner (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 279-289. .

³⁷⁰ Loi constitutionnelle n° 1-97 du 20 septembre 1997, *D.R.* série I du 20 septembre 1997, p. 5130.

³⁷¹ Loi n° 15-2002 du 22 février 2002, *op. cit.*

³⁷² Pour une approche approfondie de ce mécanisme, v. C.A.F. Cadilha, « Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias », in *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 310-314.

³⁷³ Art. 109 al. 1 du Code de contentieux administratif.

³⁷⁴ M. Fernanda Maçãs, « As formas de tutale urgente previstas no código de processo nos tribunais administrativos », *op. cit.*, p. 210.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 220.

³⁷⁶ « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

³⁷⁷ Art. 6 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, *J.O.* du 1 juillet 2000, p. 9948.

³⁷⁸ Pour une approche approfondie du mécanisme de référé liberté fondamentale, le lecteur pourra utilement se référer à : « Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence », *R.F.D.A.*, 2000, p. 941 ; G. Bachelier, « Le référé-liberté », *R.F.D.A.*, 2002, p. 261 ; C. Botoko-Claeyssen, « Le référé-liberté vu par les juges du fond. Analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1046 ; P. Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, L.G.D.J., Paris, 2003 ; M. Fouletier, « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif. La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *R.F.D.A.*, 2000, p. 963 ; J. Gourdou et A. Bourrel, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Paris, 2003 ; O. le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé liberté : étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne, coll. Des thèses, Clermont-Ferrand, 2007 ; B. Pacteau, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire »,

l'origine d'un bouleversement de taille car, pour la première fois au sein de l'ordre juridique français, apparaît une procédure juridictionnelle dont la fonction principale et permanente est la protection des droits et libertés qui relèvent de la catégorie des libertés fondamentales³⁷⁹. Certes, la voie de fait, théorie jurisprudentielle dégagée en 1935 par le Tribunal des conflits³⁸⁰, constitue également une voie de recours spécifique destinée à protéger les droits et libertés³⁸¹. Toutefois, apparue sous l'ère de l'Etat légal, « *les libertés visées [par cette théorie] étaient celles protégées par le législateur et les atteintes censurées celles de l'administration. Le contexte de la voie de fait est donc celui de la défense des libertés publiques et non celui des droits fondamentaux* »³⁸².

138. En revanche, avec l'introduction du référé-liberté fondamentale, c'est un mécanisme de garantie spécialement aménagé pour la protection des droits de la personne humaine qui est mis en place. Ce dernier prévoit la possibilité pour toute personne – physique ou morale, française ou étrangère, de droit privé ou de droit public – d'obtenir, dans un délai record de quarante-huit heures, la sanction d'une atteinte grave et manifestement illégale portée par l'administration à l'une de ses libertés fondamentales. Pour ce faire, il suffit de faire état d'une situation d'urgence. Sachant que, sur ce point, le juge administratif des référés fait preuve d'une grande souplesse puisque, le plus souvent, la reconnaissance d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale vaut reconnaissance de l'urgence³⁸³. Susceptible d'ordonner « *toutes mesures* » nécessaires à la sauvegarde de la liberté, le juge dispose de pouvoirs particulièrement étendus. Il peut se limiter à la suspension de la décision contestée, mais également prononcer des injonctions, au demeurant assorties

R.F.D.A., 2000, p. 959 ; S. Pugeault, « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, op. cit., p. 401 ; E. Sales, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *R.D.P.*, 2004, n° 1, p. 207 ; B. Stirn, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, op. cit., p. 795 ; B. Touzanne, *Le bilan de la jurisprudence du référé liberté*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2006 ; R. Vandermeeren, « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *A.J.D.A.*, 2000, p. 706 ; P. Wachsmann, *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Presses Universitaires de Strasbourg, Ann. fac. droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 5, 2002.

³⁷⁹ Sur la problématique de l'interprétation jurisprudentielle de la notion de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, v. *infra*, n° 314.

³⁸⁰ T.C., 8 avril 1935, Action française, *Rec.* p. 1226.

³⁸¹ La voie de fait est « *constituée en cas d'atteinte grave à une liberté ou à la propriété privée, soit lorsqu'une décision administrative est manifestement insusceptible de se rattacher au pouvoir de l'administration, soit en cas d'exécution forcée d'une décision, même légale, lorsque l'administration n'a manifestement pas le pouvoir d'y procéder* » (G. Canivet, « Protection juridictionnelle des libertés et droits fondamentaux par le juge judiciaire », in T.-S. Renoux, *Protection des libertés et droits fondamentaux*, La Doc. fr., Les notices, Paris, 2007, pp. 52-53). La compétence de principe du juge administratif en matière de protection des droits et libertés contre l'action de l'administration cède alors le pas à celle du juge judiciaire car « *l'agissement [de l'administration] n'apparaît plus comme l'exercice régulier d'une de ses attributions, mais comme un pur fait matériel, dénué de toute justification juridique [...]* » (J. Waline, *Droit administratif*, op. cit., p. 550). Pour une approche approfondie, v. par ex. : A. Bockel, « La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable », *D.*, 1970, p. 29 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 15^{ème} éd., 2001, pp. 868-884 ; E. Desgranges, *Essai sur la notion de voie de fait*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1937 ; C. Leclercq, « Le déclin de la voie de fait », *R.D.P.*, 1963, p. 657 ; S. Petit, *La voie de fait administrative*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1995 ; S. Tsiklitis, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, op. cit., pp. 57 et ss.

³⁸² M.-J. Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », op. cit., p. 95.

³⁸³ V. par. ex. : C.E., 15 février 2002, *Hadda*, *Rec.* p. 45.

d'astreintes³⁸⁴. Ce faisant, le référé-liberté fondamental, à l'identique des procédures d'urgence ibériques, favorise un renforcement sensible de la protection des droits fondamentaux offerte par le juge. Renforcement intensifié en Espagne et en France par l'existence d'un recours constitutionnel spécialisé dans la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

b. Les recours constitutionnels spécialisés dans la protection des droits fondamentaux

139. L'existence d'une procédure spécialement aménagée pour assurer la protection des droits fondamentaux n'est pas une caractéristique commune à l'ensemble des cours constitutionnelles européennes. Formellement, le Tribunal constitutionnel portugais est dépourvu de toute attribution en la matière³⁸⁵. En revanche, une telle voie de droit existe en Espagne et en France. En Espagne, elle prend le nom de recours constitutionnel d'*amparo*. En France, elle s'intitule question prioritaire de constitutionnalité. Avec pour fonction permanente et principale la protection des droits et libertés constitutionnellement protégés, ces garanties spécifiques contribuent, à leur tour, à un renforcement sensible de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

140. Le recours constitutionnel d'*amparo* espagnol. A l'origine d'une littérature on ne peut plus abondante³⁸⁶, le recours d'*amparo* ne saurait faire ici l'objet d'une étude

³⁸⁴ Sur ces questions, v. C. Broyelle, « Les mesures ordonnées en référé », *R.F.D.A.*, 2007, p. 73.

³⁸⁵ Formellement car, comme le soulignent bon nombre d'auteurs, le système de contrôle de la constitutionnalité des lois mis en place au Portugal permet d'atteindre une protection semblable à celle obtenue dans le cadre du recours d'*amparo*, dans la mesure où les individus peuvent former un recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions juridictionnelles appliquant une loi inconstitutionnelle (v. par. ex. : M. Cardoso da Costa, « La Cour constitutionnelle portugaise face à une Constitution en changement », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 79 ; J. Casalta Nabais, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal, op. cit.*, p. 215 ; S. Correia, R. Medeiros, B. Diniz de Ayala, « Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?) », in *Estudos de direito processual administrativo, op. cit.*, p. 58).

³⁸⁶ Sans prétendre à aucune exhaustivité, le lecteur pourra utilement se référer à : J.M. Alegre Ávila, « El amparo constitucional : un asunto de ¿ nunca acabar ? », in L.M. Rebollo (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retordillo, vol. II, op. cit.*, p. 343 ; J.O. Araulo, « El recurso de amparo en el ultimo proceso constituyente espanol », *R.C.G.*, 1998, p. 165 ; P. Bon, « Amparo (recours d') », in J. Andriantsimbazovina (Dir.) et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, P.U.F., 2008, p. 31 ; A. Cano Mata, « Los ciudadanos y su posible intervencion en el recurso de amparo y demas impugnaciones residenciadas en el Tribunal constitucional », *R.A.P.*, 1985, n° 106, p. 171 ; E. Carmona Cuenca, *La crisis del recurso de amparo : la protección de los derechos fundamentales entre le Poder Judicial y el Tribunal constitucional*, Universidad de Alcalá, Servicio de publicaciones, 2005 ; M.L. Casal Fernández, F. Generoso Hermoso, A. Munoz Fernández, *Practica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 1994 ; J.L. Cascajo Castro, « Notas sobre el amparo constitucional », *R.V.A.P.*, 1982, n° 4, p. 45 ; C.-A. Chassin, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », in *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, C.R.D.F.*, 2002, n° 1, p. 33 ; P. Cruz Villalon, « Sobre el amparo », *R.E.D.C.*, 1994, p. 9 ; G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo segun la jurisprudencia constitucional*, Marcial pons, Madrid, 1994 ; E. Garcia-Trevijano Garnica, « Sobre el caracter subsidiario del recurso de amparo constitucional », *R.E.D.T.*, 1993, vol. 60, p. 637 ; V. Gimeno Sendra, « Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo », *R.E.D.C.*, 1982, n° 6, p. 43 ; *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007 ; V. Gimeno Sendra et J. Garberi Llobregat, *Los procesos de amparo*, Colex, Madrid, 1994 ; C. Hernández Ramos, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Editorial Reus,

détaillée. Néanmoins, une présentation sommaire de cette voie de droit se révèle indispensable dans la mesure où sa mise en place par le constituant de 1978 traduit, une fois de plus, la place privilégiée du juge dans la protection des droits fondamentaux. Puisant ses sources dans le droit foral du Royaume d'Aragon³⁸⁷, l'*amparo* constitutionnel, prévu par l'article 53-2 de la Constitution espagnole³⁸⁸, peut être défini comme un recours subsidiaire spécialement aménagé pour permettre aux individus de saisir directement le Tribunal constitutionnel en vue d'obtenir la protection de leurs droits fondamentaux. Aussi se présente-t-il, à l'image du *Verfassungsbeschwerde* allemand³⁸⁹, comme un formidable instrument de garantie des droits et libertés placé entre les mains du citoyen espagnol. Sa finalité essentielle, pour ne pas dire exclusive³⁹⁰, étant, selon les termes même du Tribunal constitutionnel espagnol, « la protection, à l'échelle constitutionnelle, des droits et des libertés [...] lorsque les voies ordinaires de protection se sont avérées insuffisantes »³⁹¹.

141. La recevabilité du recours, dont l'examen incombe au Tribunal constitutionnel, repose sur la réunion de quatre conditions traditionnelles, auxquelles s'ajoute une cinquième condition depuis la révision de la loi organique portant sur le Tribunal constitutionnel (L.O.T.C.), en date du 24 mai 2007³⁹².

Madrid, 2009 ; P. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 ; « La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal », *R.V.A.P.*, 1994, p. 89 ; J.L. Requejo Pagés, « El recurso de amparo », in F. Caamaño Domínguez et alii, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 123 ; Y. Rodríguez, « Le Tribunal constitutionnel espagnol et les libertés publiques : étude jurisprudentielle du recours d'amparo », in P. Bon, F. Moderne, Y. Rodríguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, op. cit., p. 211 ; F. Rubio Llorente, « El recurso de amparo constitucional », in *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal constitucional : 1979-1994*, CEC, Madrid, 1995, p. 125 ; C. Ruiz Miguel, « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 10, p. 150 ; R. Tur Ausina, *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional : efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 ; C. Viver Pi-Sunyer, *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

³⁸⁷ Catherine-Amélie Chassin précise à cet égard que « les fueros de l'Aragon, c'est-à-dire, en quelque sorte, le régime juridique qui était applicable dans ce pays, instituaient un recours que l'on peut rapprocher de l'*amparo* constitutionnel de l'Espagne contemporaine » (« La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'amparo constitutionnel en Espagne », op. cit., p. 34). Pour une étude détaillée, v. V. Fairén Guillén, *Antecedentes aragones de los juicios de amparo*, Mexico, 1971. Il importe toutefois de préciser avec le professeur Pierre Bon que « c'est avant tout dans les pays ibéro-américains que l'institution va se développer, du moins dans les textes : c'est ainsi que le recours d'amparo apparaît au Mexique dès la Constitution fédérale de 1857 et est ensuite introduit en Argentine, en Bolivie, au Chili, au Costa Rica, au Panama et au Venezuela [...]. La Constitution espagnole de 1978 permet de boucler la boucle en ce sens qu'elle réintroduit en Espagne une institution qui y était née mais qui s'était surtout développée outre Atlantique » (« Le Tribunal constitutionnel espagnol. Etude d'ensemble », op. cit., p. 108. Dans le même sens, v. C. Ruiz Miguel, « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », op. cit., p. 151).

³⁸⁸ « Tout citoyen pourra invoquer la protection des libertés et droits reconnus par l'article 14 et la section 1 du chapitre deuxième [...] à travers le recours d'amparo devant le Tribunal constitutionnel. Ce dernier recours sera applicable à l'objection de conscience ». Sachant que le recours d'*amparo* est précisé quant à ses modalités d'exercice, d'une part, par les articles 161-1, b et 162-1, b de la norme suprême, d'autre part, par les articles 41 à 58 de la loi organique portant sur le Tribunal constitutionnel.

³⁸⁹ Art. 93-4.a de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

³⁹⁰ L'article 41-3 de la L.O.T.C. précise en effet que « dans le cadre de l'*amparo* constitutionnel, on ne peut faire valoir d'autres prétentions que celles qui visent à rétablir ou à préserver les droits et les libertés pour lesquels ce recours a été intenté ».

³⁹¹ STC 1/1981 du 26 janvier 1981, *B.O.E.* du 24 février 1981.

³⁹² Loi organique n° 6/2007 du 24 mai 2007, *B.O.E.* du 25 mai 2007, p. 22541.

142. En premier lieu, l'article 53-2 de la norme suprême précise que la protection offerte par le recours d'*amparo* est limitée aux droits et libertés reconnus par l'article 14 et la section 1 du chapitre II de la Constitution, ainsi qu'à l'objection de conscience³⁹³. En d'autres termes, il ne peut y avoir de recours d'*amparo* qu'au cas de violation des droits et libertés prévus par les articles 14 à 30 de la Constitution³⁹⁴. C'est-à-dire, pour l'essentiel, les droits-libertés individuels et collectifs, à l'exception notable du droit de propriété consacré par l'article 33 de la Constitution.

143. En deuxième lieu, seuls les actes des assemblées législatives ou de leurs organes propres dépourvus de valeur de loi³⁹⁵, les actes des organes administratifs³⁹⁶ et les actes judiciaires³⁹⁷ sont susceptibles d'être mis en cause dans le cadre d'un recours d'*amparo*. Ce faisant, sont non seulement exclus du champ d'application de cette voie de droit les comportements des particuliers attentatoires aux droits et libertés³⁹⁸, mais également les actes de valeur législative³⁹⁹.

³⁹³ L'objection de conscience est prévue par l'article 30 de la Constitution espagnole.

³⁹⁴ Sachant que le Tribunal constitutionnel est régulièrement amené à déterminer si le droit dont la violation est alléguée constitue bien un droit fondamental au sens de l'article 53-2 de la Constitution (sur ce point, v. C.-A. Chassin, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », *op. cit.*, pp. 41-42). Par ailleurs, il est intéressant de noter que les deux principaux droits fondamentaux dont la méconnaissance est la plus souvent évoquée sont, d'une part, le principe d'égalité (16,11 %) des recours d'*amparo* pour l'année 2009, d'autre part, et surtout, le droit à un recours juridictionnel effectif (87,90 % des recours d'*amparo* introduits en 2009).

³⁹⁵ Art. 42 de la L.O.T.C.

³⁹⁶ Art. 43-1 de la L.O.T.C.

³⁹⁷ Art. 44-1 de la L.O.T.C.

³⁹⁸ L'exclusion des actes des personnes privées du champ d'application de l'*amparo* constitutionnel résulte de l'article 41-2 de la L.O.T.C., lequel prévoit que le recours d'*amparo* protège les droits et libertés contre les violations « [...] provenant de dispositions, actes juridiques, omissions ou simple voie de fait des pouvoirs publics, des Communautés Autonomes et des autres entités publiques de caractère territorial, corporatif ou institutionnel, ainsi que de leurs fonctionnaires ou agents ».

³⁹⁹ Il importe toutefois de préciser qu'il existe une nuance de taille pour chacune de ces deux hypothèses. Tout d'abord, il est possible de garantir les effets horizontaux des droits fondamentaux « par le biais de recours d'*amparo* contre les décisions de justice ne protégeant pas les droits fondamentaux des particuliers contre les menaces émanant d'autres particuliers » (P. Bon, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 2, p. 49. Pour étayer ses propos, Pierre Bon propose l'exemple d'un employé licencié par le chef d'entreprise à raison de ses activités syndicales : « Si l'employé estime qu'il a été porté atteinte à son droit syndical, il saisira le juge ordinaire ; si ce dernier lui donne raison, il n'y a aucun problème ; si, à l'inverse, il le déboute, son jugement porte, à son tour, atteinte au droit syndical de l'employé ; on a alors affaire à un acte de la puissance publique qui lèse un droit fondamental et contre lequel il est possible d'intenter un recours d'*amparo* devant le juge constitutionnel ; si le juge constitutionnel considère qu'il y a eu effectivement violation du droit syndical, il annulera à la fois le jugement rendu par le juge ordinaire et ne donnant pas satisfaction au requérant et la mesure de licenciement prise à son encontre par l'employeur ». Ensuite, « si l'acte déféré par les citoyens à la juridiction constitutionnelle paraît à cette dernière inconstitutionnel parce que pris en application d'une loi inconstitutionnelle, il est possible à la juridiction constitutionnelle de se saisir elle-même de la loi aux fins d'un examen de sa constitutionnalité » (P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 83). On se trouve alors en présence de ce que la doctrine a désormais coutume d'appeler une « auto-question d'inconstitutionnalité » (v. par. ex. : P. Bon, « Le Tribunal constitutionnel. Etude d'ensemble », *op. cit.*, pp. 92 et 125 ; E. Garcia de Enterría, *La constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 153. Pour une étude approfondie, le lecteur pourra utilement se référer à J. Guasch, « La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'*amparo* en Espagne », *A.I.J.C.*, 1992, pp. 49 et ss.), c'est-à-dire une procédure incidente au recours d'*amparo* par laquelle la chambre du Tribunal constitutionnel qui a reçu le recours pose une question préjudicielle de constitutionnalité à la formation plénière du Tribunal. Ce mécanisme d'auto-question d'inconstitutionnalité est prévu par l'article 55-2 de la L.O.T.C. et a été admis par le Tribunal constitutionnel dès 1981 (STC 41/1981 du

144. En troisième lieu, l'admission du recours est conditionnée, en vertu de l'article 162-1, b de la Constitution, par l'existence d'un intérêt à agir. Le recours est ainsi ouvert à toute personne physique, nationale ou étrangère⁴⁰⁰, et juridique, de droit privé ou de droit public, en mesure de faire valoir un intérêt né, actuel et personnel⁴⁰¹.

145. En quatrième lieu, le caractère subsidiaire du recours d'*amparo* conduit le Tribunal constitutionnel à vérifier que le requérant a épuisé l'ensemble des voies de recours devant le juge ordinaire⁴⁰², gardien « naturel » des droits et libertés⁴⁰³.

146. En cinquième et dernier lieu, la demande d'*amparo*, depuis la révision de la L.O.T.C. de 2007, n'est recevable qu'à la condition que « *le contenu du recours justifie une décision sur le fond de la part du Tribunal constitutionnel en raison de son importance constitutionnelle spéciale* »⁴⁰⁴. Cette nouvelle condition, qui ne va pas sans « *objectiver* » le recours d'*amparo*⁴⁰⁵, est directement liée à la nécessité de faire face à l'afflux croissant de recours, source d'encombrement particulièrement alarmant du prétoire du Tribunal constitutionnel⁴⁰⁶.

18 décembre 1981, *B.O.E.* du 14 janvier 1982, FJ 2). Quoi qu'il en soit, le recours d'*amparo* ne saurait être directement dirigé contre la loi. Selon une jurisprudence bien établie, le Tribunal constitutionnel considère en effet que « [...] *le recours d'amparo n'est pas conçu comme un instrument de contrôle direct et abstrait de la constitutionnalité d'une loi en raison de la violation alléguée de l'un ou l'autre des droits fondamentaux ou des libertés publiques, mais comme un moyen de réparer les lésions qui affectent ces droits et libertés, et qui résultent de dispositions, d'actes juridiques ou de simples voies de fait de la part des pouvoirs publics* » (STC 113/1987 du 3 juillet 1987, *B.O.E.* du 29 juillet 1987, FJ 3).

⁴⁰⁰ Si l'article 41.2 de la L.O.T.C. semble exclure du champ d'application du recours les étrangers (« *le recours d'amparo protège tous les citoyens* »), la jurisprudence du Tribunal constitutionnel admet la recevabilité des recours déposés par les non-nationaux (STC 141/1998 du 29 juin 1998, *B.O.E.* du 30 juillet 1998, FJ 1).

⁴⁰¹ C.-A. Chassin, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », *op. cit.*, p. 39.

⁴⁰² L'article 43-1 de la L.O.T.C. prévoit en ce sens que les violations des droits fondamentaux ne peuvent donner lieu à un recours d'*amparo* qu'« *une fois la voie judiciaire pertinente épuisée* ». C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel a logiquement jugé que l'exercice préalable des voies ordinaires « *n'est pas une simple formalité, mais constitue un élément essentiel du système d'articulation des juridictions constitutionnelles et ordinaires* » (STC 239/2001 du 18 décembre 2001, *B.O.E.* du 16 janvier 2002, FJ 2), dont le non respect implique l'irrecevabilité du recours en raison de son caractère prématuré (v. en ce sens : STC 54/1999 du 12 avril 1999, *B.O.E.* du 18 mai 1999, FJ 2). Surtout, le Tribunal constitutionnel a précisé que l'*amparo* ne saurait être déclaré recevable s'il existe, au moment de la saisine du Tribunal constitutionnel, un recours pendant devant une juridiction ordinaire (STC 225/2000 du 2 octobre 2000, *B.O.E.* du 7 novembre 2000, FJ 3).

⁴⁰³ A ce titre, le professeur Isidre Molas précise que « *le système juridique espagnol prévoit que la protection des droits fondamentaux relève de la juridiction ordinaire. L'activité spécifique des juges et des tribunaux consiste précisément à les favoriser. C'est la voie commune, la procédure ordinaire de leur garantie. Mais la préoccupation du constituant pour renforcer cette garantie l'a conduit à créer une voie particulière : le recours d'amparo* » (I. Molas, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 348).

⁴⁰⁴ Art. 50-1, b, de la L.O.T.C.

⁴⁰⁵ V. en ce sens. P. Bon, « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁰⁶ Tandis que le nombre de recours d'*amparo* introduit en 1981 s'élevait à 386 (chiffre proposé par C.-A. Chassin, *op. cit.*, p. 45), en 2006 le nombre de recours d'*amparo* dont a été saisi le Tribunal constitutionnel s'élevait à 11471 recours pour un total de 11741 saisines, soit 97,7 % des recours, [en ligne]. Disponible sur [www.tribunalconstitucional.es].

A ce nombre considérable de recours dont est saisi chaque année le Tribunal, s'ajoute le problème que « *l'immense majorité d'entre eux sont rejetés au cours de la phase d'instruction de telle sorte que, finalement, à peine 4 % sont résolus par un arrêt en bonne et due forme et, dans la mesure où certains de ces arrêts sont des arrêts de rejet de l'amparo, le pourcentage des cas de violation des droits fondamentaux relevés par le juge*

147. Lorsque l'ensemble de ces conditions sont remplies, le Tribunal statue sur le fond par la voie d'une sentence qui peut soit accorder la protection, soit au contraire la refuser⁴⁰⁷. Si la protection est accordée, l'acte ayant porté atteinte aux droits fondamentaux est annulé. Reste que la seule annulation peut ne pas suffire pour rétablir le requérant dans ses droits. C'est pourquoi l'article 55-1, c, de la L.O.T.C. prévoit la possibilité pour le juge d'adopter des mesures propres à maintenir le rétablissement du droit ou de la liberté violée. En somme, « *le Tribunal constitutionnel, par sa sentence, doit mettre tout en œuvre pour faire cesser l'atteinte qu'il constate [...]* »⁴⁰⁸.

148. **La question prioritaire de constitutionnalité française.** Véritable serpent de mer du droit constitutionnel français⁴⁰⁹, le débat quant à la nécessité de mettre en place ce qui est

constitutionnel est encore inférieur à ce chiffre » (P. Bon, *op. cit.*, p. 67). Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la question du filtrage des requêtes soit à l'origine d'un débat récurrent en Espagne. D'où une première tentative de rationalisation du système de filtrage des demandes d'*amparo* par la révision de la L.O.T.C du 9 juin 1988 (loi organique 6/1988 du 9 juin, *B.O.E.* du 11 juin 1988, p. 18314 ; *A.I.J.C.*, 1988, vol. IV, p. 306, comm. P. Bon) et la mise en place d'un tri accéléré des recours par la voie des *providencias* ; technique permettant au Tribunal constitutionnel de déclarer irrecevable un recours d'*amparo* au moyen d'une simple ordonnance non motivée. Largement infructueuse, cette première tentative de rationalisation du filtrage des requêtes a donné lieu à une nouvelle intervention du législateur organique en 2007. Outre la limitation de la recevabilité des recours aux demandes présentant une importance constitutionnelle spéciale, la nouvelle rédaction de la loi organique prévoit notamment que le « *recours d'amparo ne sera examiné que s'il fait l'objet d'une décision expresse de recevabilité (decisión de admisión a tramite) alors que, dans le passé, tous les recours étaient examinés sauf s'ils avaient fait l'objet d'une décision expresse d'irrecevabilité (decisión de inadmisión). En d'autres termes, la procédure est renversée puisqu'on passe d'une procédure d'irrecevabilité à une procédure de recevabilité* » (P. Bon, « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », *op. cit.*, p. 68. Sur la révision de 2007, v. également : L. Bachmaier Winter, « La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo », *Diario La Ley*, 2007, n° 6775, p. 1616 ; G. Fernández Farreres, « La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional – Comentario a la ley orgánica 6/2007 de 24 de mayo », *R.E.D.C.*, 2007, n° 81 p. 11 ; F. Fernández Segado, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo : (reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Dykinson, Madrid, 2007 ; S. Nicot, « Il a fallu sauver le Tribunal constitutionnel...(la fin de l'illusion de de l'accès universel au juge de l'*amparo* constitutionnel ?) », *Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés*, 2008, n° 25, p. 9).

⁴⁰⁷ Art. 53 de la L.O.T.C.

⁴⁰⁸ C-A. Chassin, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰⁹ Le professeur Thierry-Serge Renoux relève en ce sens que : « *Dès le 8 juillet 1958, l'idée d'une saisine du Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation avait été avancée par M. Aurillac lors d'une réunion du groupe de travail chargé d'élaborer un avant-projet de Constitution puis finalement abandonnée* » (T.-S. Renoux, « Si le grain ne meurt... (à propos des droits et libertés) », *R.F.D.C.*, 1993, n° 14, p. 285). Toutefois, c'est surtout à partir de 1989, avec la proposition du Président de la République François Mitterrand d'instituer un mécanisme d'« exception d'inconstitutionnalité » de nature à permettre à tout citoyen de soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel les lois violant ses droits fondamentaux, que se manifeste en France le besoin d'instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. A l'origine d'une tentative de révision constitutionnelle inaboutie en 1990, l'idée est reprise par le Comité Vedel (*Rapport au Président de la République*, 15 févr. 1993, La Doc. fr., Paris, 1993, p. 76), dont le Rapport donne naissance à un projet de loi constitutionnelle déposé au printemps 1993 par le Président de la République. Ce projet propose, entre autres, d'instaurer au sein de la Constitution un article 61-1 nouveau : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition de la loi porte atteinte aux droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution, cette question peut être renvoyée au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation ou toute autre juridiction ne relevant ni de l'un ni de l'autre* ». Confronté à l'opposition du constituant, la tentative de mise en place d'un mécanisme spécialisé dans la protection des droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel se trouve à l'origine d'un nouvel échec (sur ces questions, v. J-H. Stahl, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges, op. cit.*, p. 993).

« *faussement appelé "exception d'inconstitutionnalité"* »⁴¹⁰ a pris fin le 23 juillet 2008⁴¹¹, date de la dernière révision constitutionnelle intervenue sous la V^e République et de l'introduction du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité au sein de notre système juridique⁴¹². Faisant suite au Rapport officiellement remis le 29 octobre 2007 au chef de l'Etat par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, cette vingt-quatrième révision constitutionnelle consacre effectivement un article 61-1 nouveau aux termes duquel : « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé [...]* ». Il en résulte que, désormais, tout justiciable peut contester la constitutionnalité d'une disposition législative devant le juge administratif ou le juge judiciaire au motif que cette dernière porte atteinte à l'un de ses droits ou libertés constitutionnellement garantis, à charge pour le juge ordinaire de déterminer si la question doit être transmise au Conseil constitutionnel afin qu'elle soit examinée au fond.

149. L'avancée du point de vue de l'Etat de droit est indéniable. S'inscrivant en réaction aux lacunes traditionnelles du système français de justice constitutionnelle, en particulier à l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois, la mise en place de cette nouvelle voie de droit permet non seulement aux justiciables de faire valoir les libertés qu'ils tirent de la Constitution, mais également de purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles⁴¹³. Certes, n'ouvrant droit qu'à un accès indirect au prétoire du Conseil

⁴¹⁰ L. Favoreu, « La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 265. L'appellation se révèle impropre en ce sens que, dès l'origine, l'objectif est de mettre en place un système de question préjudicielle. C'est-à-dire un mécanisme obligeant le juge ordinaire, en présence d'une loi susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux du justiciable, à surseoir à statuer jusqu'à le Conseil constitutionnel, saisi de la question, se prononce au fond. En aucune façon il s'est agi d'une procédure permettant au juge ordinaire de contrôler lui-même la constitutionnalité d'une loi à l'occasion d'un litige se présentant devant lui, comme c'est le cas en matière d'exception d'inconstitutionnalité (sur ces questions de terminologie et de procédure, v. not. : L. Favoreu, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 581 ; T-S. Renoux, « L'exception, telle est la question », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 649).

⁴¹¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet de modernisation des institutions de la V^e République, *op. cit.*

⁴¹² Pour une bibliographie sur la question prioritaire de constitutionnalité, v. *supra*, note n° 159.

⁴¹³ Car, comme le relève le Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, « *les lois antérieures à 1958 et certains des textes adoptés depuis lors qui, pour des raisons diverses, accidentelles ou parfois plus politiques, n'ont pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel sont valides, sans qu'il soit loisible aux juges judiciaires ou administratifs qui ont à en faire application de les déclarer contraires à la Constitution. Sans doute cette anomalie ne vaut-elle que pour un nombre relativement limité de textes de forme législative. Il n'en reste pas moins qu'elle introduit dans notre système juridique un élément de trouble, et qu'elle peut priver les citoyens de la faculté de faire valoir la plénitude de leurs droits* » (*Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, op. cit.*, p. 87). A ceci s'ajoute l'existence de lois qui, bien qu'ayant été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori*, ont révélé leur inconstitutionnalité une fois entrées en vigueur. Car, il n'est pas inconnu que le contrôle *a priori*, par définition abstrait, oblige le Conseil constitutionnel à apprécier la constitutionnalité des lois de manière empirique, en essayant d'imaginer leur logique. Or, il arrive parfois que le Conseil n'anticipe pas convenablement les conséquences pratiques de l'application d'une loi. A première vue constitutionnelle, ladite loi se révèle à l'usage, en réalité, contraire à la Constitution. En somme, c'est lors de son application concrète qu'il est véritablement possible de dire si une loi est ou non contraire à la Constitution. En outre, et comme le

constitutionnel, puisque conditionné par le filtre préalable des juridictions ordinaires, la question prioritaire peut apparaître, notamment pour l'observateur étranger, largement en deçà des mécanismes allemand et espagnol de recours constitutionnel direct. Pour autant, sa consécration met un terme à une « *éternelle exception française* »⁴¹⁴ dans le concert européen de la justice constitutionnelle. En conséquence de quoi la question prioritaire de constitutionnalité, en même temps qu'elle offre un nouveau droit au justiciable, se veut une illustration particulièrement éclatante du perfectionnement constant des mécanismes juridictionnels de garantie des droits et libertés.

150. Précisée quant à ses modalités d'application par la loi organique du 10 décembre 2009⁴¹⁵, promulguée après examen préalable du Conseil constitutionnel⁴¹⁶, la question prioritaire de constitutionnalité se distingue par son caractère prioritaire⁴¹⁷. A savoir que le juge ordinaire doit, lorsqu'il est saisi d'une question de constitutionnalité et d'une question de conventionnalité portant sur la même disposition, privilégier la première à la seconde. L'objectif étant d'assurer une revalorisation de la norme constitutionnelle par rapport à la place croissante occupée par le droit européen au sein de l'ordonnement juridique interne⁴¹⁸. Si le Conseil constitutionnel est saisi, celui se prononce dans un délai de trois mois,

souligne le professeur Yves Poirmeur, dans la mesure où « *le droit constitutionnel, en devenant jurisprudentiel, est devenu évolutif, et par conséquent assez imprévisible, il est possible que la consécration constitutionnelle de droits nouveaux ou la redéfinition de la portée de droits anciens rendent incertaine la constitutionnalité de lois en vigueur* » (« Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes Juridiques, Paris, 1999, p. 335).

⁴¹⁴ V. Bernaud et M. Fatin-Rouge Stéfanini, « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », *op. cit.*, p. 169.

⁴¹⁵ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *J.O.* du 11 décembre 2009, p. 21379. Pour un commentaire approfondi, v. entre autres : L. Baghestani, « A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *Petites affiches*, 2010, n° 32, p. 4 ; P. Bon, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *op. cit.*, p. 1107 ; P. Ferraiuolo, « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : le point de vue du praticien », *Petites affiches*, 2010, n° 43, p. 3 ; B. Mathieu, « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *op. cit.*

⁴¹⁶ Cons. const., décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.* p. 206, *J.O.* du 11 décembre 2009, p. 21381 (Sur cette décision, v. en part. : B. Genevois, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. À propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *R.F.D.A.*, 2010, p. 1 ; P. Jan, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2009, n° 252, p. 6 ; D. Rousseau, « La question prioritaire de constitutionnalité validée. La décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 344, p. 4 ; J. Roux, « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *R.D.P.*, 2010, p. 233).

⁴¹⁷ Pour une approche approfondie : P. Cassia, « Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2009, n° 40, p. 2193.

⁴¹⁸ Compte tenu de l'absence originelle de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois en France, le contrôle de conventionnalité a effectivement conduit les justiciables à accorder plus d'intérêt aux conventions internationales qu'à la norme constitutionnelle. D'où la volonté de revaloriser la norme constitutionnelle par l'affirmation du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. Il n'est toutefois pas certain que la question prioritaire soit suffisante pour assurer la prééminence de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne. En effet, la question de constitutionnalité n'étant pas d'ordre public, elle ne peut être soulevée d'office par le juge ordinaire (article 23-1 de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution). En d'autres termes, il faut impérativement que le justiciable invoque l'inconstitutionnalité de la loi dont on veut

à la suite d'un débat contradictoire, sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Dans l'hypothèse où cette dernière est déclarée inconstitutionnelle, elle « *est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* »⁴¹⁹.

151. Sur le plan pratique, il est évidemment un peu tôt pour dresser un bilan critique sur cette nouvelle voie de droit. Toutefois, les premiers enseignements s'avèrent globalement positifs⁴²⁰. En dépit d'une certaine résistance de la Cour de cassation⁴²¹, les juridictions

lui faire application. Or, il se peut très bien que ce dernier continue de privilégier la voie du contrôle de conventionnalité plutôt que celle du contrôle de constitutionnalité. Car, comme le met en avant le professeur Denys de Béchillon, « [...] *si les justiciables ont le choix entre la mise en jeu de la conventionnalité internationale de la loi devant un juge apte à vider lui-même la querelle, et la mise en cause de sa constitutionnalité devant un juge qui, lui, ne tranchera pas et lancera – peut-être – un processus filtré, complexe, long et possiblement très aléatoire de saisine du Conseil constitutionnel, ils n'hésiteront pas : ils iront, dans l'immense majorité des cas, là où la rentabilité maximale pourra être atteinte, et placeront leur débat sur le terrain du droit international* » (« Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 120).

⁴¹⁹ Art. 62 de la Constitution.

⁴²⁰ En ce sens, v. P. Bon, « Premières questions, premières précisions », *op. cit.*

⁴²¹ A travers son arrêt du 16 avril 2010, la Cour de cassation n'a pas hésité à saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la conformité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité au droit de l'Union européenne. La cour suprême estimant que « *les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE avant de transmettre la question de constitutionnalité; que si le Conseil constitutionnel juge la disposition attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la CJUE d'une question préjudicielle [...]. De même, [...] la Cour de cassation ne pourrait pas non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union* ». (Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 2010, n° 10-40002). Ce à quoi la Cour de justice a répondu, à l'occasion de son arrêt *A. Melki et S. Abdeli*, en date du 22 juin 2010, que le caractère prioritaire d'une « *procédure incidente de contrôle de constitutionnalité* » n'est contraire au droit de l'Union européenne que s'il empêche les juges nationaux « *d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles* » (§ 57). En outre, la Cour de justice a précisé que le juge national doit être « *libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union* » (§ 53). Sous ces conditions, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est parfaitement conforme au droit de l'Union européenne. En somme, une recherche de compromis de la part de la Cour de Luxembourg avec toutefois une limitation certaine du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité tel qu'imaginé par le législateur organique. (C.J.U.E., 22 juin 2010, *A. Melki et S. Abdeli*). Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation n'en a pas moins retenue une interprétation particulièrement large de la jurisprudence de la Cour de justice en affirmant que lorsque le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative et qu'il se trouve dans l'impossibilité d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen, alors les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité doivent être laissées inappliquées pour se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union. (Cass. Ass. plén., 29 juin 2010, n° 10-40.001, *Melki*). Pour une approche approfondie de cette question, v. en part. : J. Biancarelli et G. Barraud, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges ? (A propos de la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010) », *Petites affiches*, 2010, n° 104, p. 4 ; F. Chaltiel, « Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité (A propos de la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010) », *Petites affiches*, 2010, n° 105, p. 6 ; « La Cour de cassation persiste et signe sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2010, n° 166, p. 3; F. Donnat, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *D.*, 2010, p. 1640 ; G. Marie, « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 »,

ordinaires, notamment administratives⁴²², jouent leur rôle de filtre et de transmission des questions sans faire part d'une rétention excessive. Et, auprès du justiciable, la question prioritaire se trouve à l'origine d'un succès, certes mesuré en comparaison du mécanisme de recours direct offert par l'*amparo* espagnol, mais évident⁴²³. Ce faisant, l'attribution de cette nouvelle compétence au Conseil constitutionnel contribue, sans nul doute, au renforcement de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux et confirme, par là-même, le statut privilégié du juge au sein du système institutionnel de garantie des droits de la personne humaine.

152. Au total, le développement constant de la garantie juridictionnelle en France et sur la péninsule ibérique confirme l'aptitude du juge à protéger les droits fondamentaux et, de ce fait, la place centrale occupée par ce dernier en la matière. Fort de ce constat, il est légitime d'exprimer certains doutes quant au besoin contemporain de recourir à l'institution de l'ombudsman. D'autant plus qu'une analyse sommaire de la jurisprudence révèle un attachement profond du juge à la problématique des droits fondamentaux.

§ 3. L'attachement évident du juge aux droits fondamentaux

153. La seule organisation de voies de recours au juge, aussi perfectionnées soit-elles, ne saurait suffire pour conclure à l'effectivité de la protection juridictionnelle des libertés fondamentales. Car, à la vérité, celle-ci dépend tout autant, si ce n'est plus, de l'attachement du juge aux droits de la personne humaine. Or, le discours arboré par le juge laisse transparaître que chacune de ses décisions s'inscrit « [...] dans la logique d'une jurisprudence protectrice et la jurisprudence dans la perspective d'ensemble de l'histoire du progrès continu des droits et libertés »⁴²⁴. C'est ainsi que, en Espagne, le Tribunal constitutionnel a gagné ses lettres de noblesse en s'érigeant, dès les premières années de fonctionnement du régime démocratique, en véritable gardien des droits fondamentaux consacrés par le titre premier de la Constitution⁴²⁵. En atteste sa jurisprudence du 14 juillet 1981⁴²⁶, confirmée à

R.F.D.A., 2010, p. 449 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (Cass., 16 avril 2010, n° 10-40002) », *J.C.P. G.*, 2010, n° 17, p. 866 ; D. Rousseau, « La QPC, évidemment eurocompatible, évidemment utile », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 180, p. 19 ; D. Rousseau et D. Lévy, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 115-117, p. 12 ; D. Simon et A. Rigaux, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, 2010, n° 5, étude 5 ; « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe*, 2010, n° 6, repère 6 ; « Solange, le mot magique du dialogue des juges », *Europe*, 2010, n° 7, repère 7 ; « Perseverare autem diabolicum ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité... », *Europe*, 2010, n° 8, repère 8.

⁴²² V. par ex. : A. Levade, « QPC 1, 2 et 3 : le Conseil d'Etat joue le jeu du renvoi ! », *D.*, 2010, n° 17, p. 1061.

⁴²³ Au 28 février 2011, soit un an après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel souligne qu'environ 2000 questions ont été posées devant les juges de première instance et d'appel. Sur ces 2000 questions, le Conseil constitutionnel a enregistré 527 décisions – 124 décisions de renvoi (59 du Conseil d'État et 65 de la Cour de cassation) et 403 décisions de non-renvoi (163 du Conseil d'État et 240 de la Cour de cassation) – et rendu 83 décisions portant sur 102 de ces 124 affaires. Parmi les 83 décisions rendues, 56% sont de conformité, 34% de non-conformité totale (14 décisions), partielle (7 décisions) ou avec réserve (9 décisions), 10% de non-lieux, [en ligne]. Disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr].

⁴²⁴ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 308.

⁴²⁵ P. Vilanova, « Espagne, trente ans de démocratie : notes pour un bilan », *Pouvoirs*, 2008, n° 124, p. 13.

⁴²⁶ STC 25/1981 du 14 juillet, *B.O.E.* du 13 août 1981, FJ 5.

plusieurs reprises⁴²⁷, selon laquelle au sein de l'ordonnement juridique espagnol la liberté et la démocratie ne sauraient être dissociées. Ou, encore, les nombreuses décisions affirmant que l'ensemble de l'ordonnement juridique doit être interprété conformément aux valeurs constitutionnelles supérieures prévues par l'article 1.1 de la Constitution espagnole que sont la « liberté », la « justice », « l'égalité » et le « pluralisme politique »⁴²⁸.

154. Afin d'appréhender plus amplement cet attachement du juge aux droits de la personne humaine, deux observations liminaires méritent d'être apportées.

155. En premier lieu, il convient de préciser que les modalités jurisprudentielles de protection des droits fondamentaux divergent sensiblement selon le système juridique considéré. Sur la péninsule ibérique, la jurisprudence développée par le juge trouve un fondement solide à travers un ensemble de règles constitutionnelles « *de compétence, de procédure ou de fond qui doivent jouer dès lors que les droits constitutionnels sont en cause* »⁴²⁹. En France, en revanche, l'indifférence du texte constitutionnel à la notion de droits fondamentaux se répercute dans une large mesure sur le terrain du régime juridique applicable à cette catégorie de droits. Dans un tel contexte, c'est le juge lui-même qui, la plupart du temps, précise ce régime juridique en vue d'asseoir la suprématie des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique interne.

156. En second lieu, l'ampleur de la jurisprudence relative à la protection des droits fondamentaux impose une délimitation du champ de l'étude. D'une part, la priorité sera donnée à la jurisprudence constitutionnelle compte du fait que les droits fondamentaux, en tant que droits de valeur supralégislative, intéressent essentiellement la juridiction constitutionnelle. D'autre part, parce qu'une étude de la jurisprudence constitutionnelle spécifique à chaque droit fondamental conduirait à sacrifier l'analyse au profit d'une exhaustivité présentant finalement que peu d'intérêt⁴³⁰, seront privilégiées les grandes lignes de ce mouvement jurisprudentiel.

157. Sous le bénéfice de ces observations liminaires, l'attachement du juge à la problématique des droits fondamentaux peut être appréhendé à l'aune de trois axes principaux : l'enrichissement régulier du catalogue des droits fondamentaux (A), la recherche

⁴²⁷ V. par ex. : STC 83/1984 du 24 juillet, *B.O.E.* du 24 août 1984, FJ 3 ; STC 19/1988 du 16 février, *B.O.E.* du 1 mars 1988, FJ 5 ; STC 132/1989 du 18 juillet, *B.O.E.* du 10 août 1989, FJ 6 ; STC 179/1994 du 16 juin, *B.O.E.* du 9 juillet 1994, FJ 7 et 8.

⁴²⁸ STC 21/1981 du 15 juin, *B.O.E.* du 7 juillet 1981, FJ 8 ; STC 104/1986 du 17 juillet, *B.O.E.* du 13 août 1986, FJ 5.

⁴²⁹ P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 243.

⁴³⁰ Pour de telles études « micro-juridiques », v. par ex. : L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 167-438 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Les éditions S.T.H., Paris, 1988, pp. 207 et ss. ; F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1988, pp. 75 et ss. ; J. Miranda, *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 3^{ème} éd., 2000, pp. 405-542 ; F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 191-389 ; L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, serie derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 3^{ème} éd., 2008, pp. 193-542.

d'effectivité maximale de cette catégorie de droits (B) et le contrôle rigoureux des limitations qui lui sont portées (C).

A. L'enrichissement régulier du catalogue des droits fondamentaux

158. Tandis que, sur la péninsule ibérique, les droits considérés comme fondamentaux sont expressément consacrés et, généralement, qualifiés comme tels par le texte constitutionnel, en France, au contraire, l'émergence de cette catégorie de droit tient pour beaucoup à la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁴³¹. L'absence de catalogue de droits fondamentaux en ouverture de la Constitution française, apanage des constitutions dites modernes, et le nombre relativement restreint de droits consacrés par le corps du texte constitutionnel ont effectivement conduit le juge constitutionnel français à reconnaître, de façon prétorienne, la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958 et, par la même, de l'ensemble des droits et libertés consacrés par ce corpus de textes (1). Dans ces conditions, la formation du catalogue des droits fondamentaux en France doit beaucoup à la jurisprudence constitutionnelle. Par ailleurs, le juge constitutionnel français, à l'image de ces homologues espagnol et portugais, use parfois de son pouvoir d'interprétation en vue de dégager de nouveaux droits et libertés et, ainsi, enrichir le catalogue déjà existant (2).

1. La constitutionnalisation du Préambule de la Constitution de 1958

159. Généralement présenté comme l'acte par lequel le juge constitutionnel français s'est érigé en gardien des droits fondamentaux, le processus d'intégration du Préambule de la Constitution de 1958 dans le bloc de constitutionnalité est depuis longtemps connu. Celui-ci mérite néanmoins d'être brièvement rappelé dans la mesure où il constitue l'une des manifestations les plus éclatantes de l'attachement du juge aux droits de la personne humaine. En effet, le Préambule de la Constitution se présentant comme la principale source des droits et libertés au sein de l'ordonnement juridique français, son accession au monde des normes juridiques se trouve à l'origine d'un enrichissement considérable du catalogue des droits fondamentaux, pour ne pas dire tout simplement de sa naissance. Impulsé par le Conseil d'Etat sous la IV^e République⁴³², ce processus de constitutionnalisation trouve son aboutissement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont l'audacieuse⁴³³ décision *Liberté d'association*, en date du 16 juillet 1971⁴³⁴, constitue le point de départ.

160. Comme on le sait, saisi d'une loi instaurant un régime d'autorisation préalable à la création des associations, le Conseil constitutionnel, à travers cette décision, se réfère pour la première fois au Préambule de la Constitution de 1958 et, par là même, à la Déclaration de

⁴³¹ En ce sens, v. F. Moderne, *in Etudes de droit constitutionnel Franco-Portugais*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1992, p. 72.

⁴³² C.E. Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Anamites de Paris*, Rec. p. 317 ; C.E., 12 février 1960, *Sté Eky*, Rec. p. 101.

⁴³³ J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *op. cit.*, pp. 135-136.

⁴³⁴ Cons. const., décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. p. 29, *J.O.* du 18 juillet 1971, p. 7114 ; *G.D.C.C.*, Dalloz, Paris, 14^{ème} éd., 2007, n° 18, p. 235, comm. L. Favoreu et X. Philip ; *D.*, 1974, p. 83, chron. L. Hamon ; *A.J.D.A.*, 1971, p. 537, note, J. Rivero.

1789 et au Préambule de 1946, auxquels le Préambule de 1958 renvoie, afin de dégager le Principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association et, ce faisant, déclarer inconstitutionnelle la loi soumise à son examen critique⁴³⁵. Ainsi que le souligne le professeur Jean Rivero, « *la révolution s'est faite en quatre mots : Vu la Constitution et notamment son Préambule* »⁴³⁶. Mais quelle révolution ! En levant les doutes sur la valeur juridique du Préambule, le Conseil constitutionnel se donne les moyens de faire du contrôle de constitutionnalité des lois un véritable instrument de protection des droits fondamentaux⁴³⁷.

161. En effet, l'intégration du Préambule dans le bloc de constitutionnalité, en tant qu'elle pallie au nombre relativement restreint de dispositions consacrées aux droits et libertés dans le corps même de la Constitution, permet au Conseil constitutionnel de sortir de son rôle de simple « *chien de garde de l'exécutif* » et de s'ériger en véritable gardien des droits fondamentaux⁴³⁸. D'un contrôle de la régularité externe de la loi, le Conseil s'engage dans la voie d'un contrôle interne dont les principes relatifs aux droits et libertés prévus par le Préambule constituent les principaux éléments de référence. De surcroît, la décision de 1971 se veut annonciatrice d'un vaste mouvement jurisprudentiel de constitutionnalisation de l'ensemble des dispositions du Préambule. Fort de son nouveau statut, le Conseil constitutionnel affirme tout d'abord la valeur constitutionnelle des différents éléments du Préambule⁴³⁹, dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁴⁰, les principes particulièrement nécessaires à notre temps⁴⁴¹ et, plus récemment, la Charte de l'environnement⁴⁴². Ensuite, le juge de l'aile Montpensier, sous l'impulsion de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974⁴⁴³ et des saisines répétées des parlementaires en résultant, contribue au grossissement du bloc de constitutionnalité en faisant application des différentes dispositions auxquelles les éléments du Préambule renvoient⁴⁴⁴.

⁴³⁵ Sans cette mise à niveau, le conseil constitutionnel n'aurait pas pu effectuer le contrôle de la loi étant donné qu'il n'y a pas d'article dans la Constitution qui consacre la liberté d'association.

⁴³⁶ J. Rivero, « La loi et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 168.

⁴³⁷ J. Rivero, « Les libertés protégées contre la loi », in J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, *op. cit.*, p. 9.

⁴³⁸ Dans l'esprit des constituants de 1958, le Conseil constitutionnel est effectivement perçu comme un instrument du parlementarisme rationalisé dont la fonction principale est de contrôler le respect de la répartition des compétences entre la loi et le règlement afin d'obliger le Parlement à rester dans le cadre de ses attributions.

⁴³⁹ Pour une approche approfondie de ce mouvement de constitutionnalisation de l'ensemble des éléments du Préambule, v. not. : L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986) », *R.D.P.*, 1986, pp. 473 et ss. ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, *op. cit.*, pp. 195 et ss. ; F. Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », *R.I.D.C.*, 1981, n° 2, pp. 436 et ss. ; M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 341 et ss. ; F. Luchaire, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », *R.I.D.C.*, 1981, n°2, pp. 295 et ss. ; *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 11 et ss. ; P.-H. Imbert, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, 1989, pp. 671-675.

⁴⁴⁰ Cons. const., décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, *Rec.* p. 25, *J.O.* du 28 décembre 1973, p. 14004.

⁴⁴¹ Cons. const., décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, *Rec.* p. 19, *J.O.* du 16 janvier 1975, p. 671

⁴⁴² Cons. const., décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *OGM*, *Rec.* p. 313, *J.O.* du 26 juin 2008, p. 10228.

⁴⁴³ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre portant révision de l'article 61 de la Constitution, *J.O.* du 29 octobre 1974, p. 11035 (Pour un commentaire, v. L. Philip, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 1975, p. 15).

⁴⁴⁴ L. Favoreu, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 82.

162. Il en résulte que, actuellement, l'ensemble des générations de droits, que sont les droits libertés-classiques, les droits économiques et sociaux et les droits de solidarité, se trouvent intégrées dans le giron des normes de référence du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire⁴⁴⁵. Dès lors, « *la contemplation du corpus applicable dans la France aujourd'hui ne donne pas matière à blêmir de honte* »⁴⁴⁶. Sans compter que le Conseil constitutionnel, à l'image de ses homologues espagnol et portugais, participe à la mise à jour de ce catalogue par la découverte de nouveaux droits fondamentaux.

2. La découverte de nouveaux droits fondamentaux

163. « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »⁴⁴⁷. A s'en tenir à la conception que se faisait Montesquieu de la fonction juridictionnelle, l'affirmation selon laquelle le juge contribue à la découverte de nouveaux droits fondamentaux ne laisse pas de surprendre. Toutefois, force est de reconnaître que cette acception de l'office du juge ne correspond plus véritablement à la réalité du droit positif. Au sein des systèmes juridiques contemporains, le juge, loin de se contenter d'être la bouche de la loi, n'hésite pas à faire œuvre créatrice⁴⁴⁸, notamment dans le domaine des droits et libertés.

164. En France, « *la théorie des principes généraux du droit est l'illustration la plus remarquable et la plus typique du pouvoir normateur de la jurisprudence* »⁴⁴⁹. Apparus à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, ces principes d'origine jurisprudentielle, applicables même en l'absence de textes, permettent au juge administratif de contribuer à une protection active des droits de l'homme dans quasiment tous les domaines d'intervention de l'administration⁴⁵⁰. Néanmoins, si bon nombre des principes généraux du droit touchent effectivement à la matière des droits et libertés⁴⁵¹, ils ne constituent pas à proprement parler

⁴⁴⁵ Même la Cour de cassation, traditionnellement réticente à prononcer la nullité d'un acte d'un particulier portant atteinte aux droits et libertés reconnus par la Constitution, n'hésite plus à faire application des droits constitutionnellement garantis. C'est particulièrement vrai dans le domaine du droit social où la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la violation d'une liberté fondamentale réalisée par un licenciement ou une clause d'un contrat de travail doit être frappée de nullité (v. en ce sens O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2009, pp. 309 et ss.).

⁴⁴⁶ D. de Béchillon, « Renouveler les libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 143.

⁴⁴⁷ Ch. de Montesquieu, *L'esprit des lois*, op. cit., Livre XI, Chapitre VI.

⁴⁴⁸ A cet égard, le professeur Alejandro Nieto considère, de façon quelque peu discutable il est vrai, que « *la loi, en elle-même, n'est rien ; c'est un programme, une offre qui est faite au juge afin que celui-ci la développe et la complète. La norme juridique, en définitive, n'est pas la loi générale, mais celle qui à partir de cette loi est découverte par le juge dans un cas concret* » (A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, p. 101).

⁴⁴⁹ J.-C. Ricci, *Droit administratif général*, Hachette supérieur, Paris, 4^{ème} éd., 2011, p. 32.

⁴⁵⁰ Pour une approche historique, v. J. Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », E.D.C.E., 1949.

⁴⁵¹ Le recours aux principes généraux du droit a notamment permis au juge administratif de consacrer les droits de la défense (C.E., Sect., 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 ; C.E., Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. p. 213), le droit des étrangers en situation régulière de mener une vie familiale normale (C.E., Ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, Rec. p. 493) ou, encore, le respect de la personne humaine après la mort (C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, Rec. p. 194).

des droits fondamentaux eu égard à la place qui est la leur au sein de la hiérarchie des normes⁴⁵². Mais l'œuvre créatrice du juge ne se limite pas là.

165. D'une part, la notion de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)⁴⁵³, prévue par le Préambule de la Constitution de 1946, se trouve à l'origine d'une jurisprudence source de renforcement non négligeable du catalogue constitutionnel des droits et libertés. Découverts par le juge à travers les lois des Républiques passées, les PFRLR se distinguent des principes généraux du droit en ce qu'ils ne sauraient être dégagés en l'absence de support formel. « *Il y a [...], à leur base, une analyse de texte* »⁴⁵⁴, impliquant un processus herméneutique d'interprétation de la législation Républicaine⁴⁵⁵. Surtout, ils jouissent d'une valeur constitutionnelle et, de ce fait, s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics. Or, parmi les PFRLR actuellement existants, au moins six intéressent directement les droits et libertés des individus. Outre la liberté d'association, c'est le cas des droits de la défense⁴⁵⁶, de la liberté individuelle⁴⁵⁷, de la liberté d'enseignement et de conscience⁴⁵⁸, de l'interdiction d'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique⁴⁵⁹ et de l'atténuation de la responsabilité pénale par l'âge⁴⁶⁰.

166. D'autre part, et surtout, le génie propre du juge « *consiste à tirer de principes constitutionnels fondamentaux et très généraux des droits et libertés constitutionnellement garantis s'appliquant aux dispositions législatives qui lui sont déférées ; au besoin même à constitutionnaliser des libertés dont le lien avec un texte constitutionnel quelconque*

⁴⁵² Le raisonnement le plus convaincant sur la valeur juridique des principes généraux du droit est celui proposé par le professeur René Chapus selon lequel ces principes et, plus largement, l'ensemble des normes jurisprudentielles dégagées par le juge administratif, ont une valeur infralégislative et supradécrétale. La justification de cette affirmation repose sur la place du juge administratif, auteur de la norme jurisprudentielle, dans la hiérarchie des sources organiques du droit. Etant donné que le juge administratif est le juge de la légalité, les principes qu'il énonce ne sauraient contredire une disposition législative, d'où leur valeur infralégislative. En revanche, dans la mesure où le juge administratif est compétent pour contraindre l'Administration au respect du bloc de la légalité, les principes qu'il dégage viennent contraindre l'ensemble des actes administratifs, dont les plus élevés dans la hiérarchie des actes administratifs, à savoir les décrets, d'où leur valeur supradécrétale (R. Chapus, « De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99).

⁴⁵³ Pour une approche approfondie de cette notion, v. : V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 2001 ; J. Rivero, « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, p. 265.

⁴⁵⁴ J. Rivero, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁵⁵ Le professeur René Chapus souligne en ce sens que « *le fait que la Constitution ne détaille le contenu de la catégorie des PFRLR impose, bien entendu, à ses interprètes, tels notamment que les juridictions, d'apprécier quels principes "républicains" ont une importance et une signification nettement démocratique telles qu'il soit justifié de les ranger au nombre des PFRLR* » (*Droit administratif général*, tome I, *op. cit.*, p. 53).

⁴⁵⁶ Cons. const., décision 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail II*, *Rec.* p. 39, *J.O.* du 7 décembre 1976, p. 7052.

⁴⁵⁷ Cons. const., décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*, *Rec.* p. 33, *J.O.* du 13 janvier 1976, p. 344.

⁴⁵⁸ Cons. const., décision 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement*, *Rec.* p. 42, *J.O.* du 25 novembre 1977, p. 5530.

⁴⁵⁹ C.E. Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, *Rec.* p. 255.

⁴⁶⁰ Cons. const., décision 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *Rec.* p. 204, *J.O.* du 10 septembre 2002, p. 14953.

n'apparaît pas clairement au profane et même à l'expert »⁴⁶¹. Ce pouvoir créateur, qui ne va pas sans alimenter le spectre du gouvernement des juges⁴⁶², a conduit le Conseil constitutionnel à consacrer la liberté d'entreprendre sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration de 1789⁴⁶³. Ainsi, la jurisprudence du juge constitutionnel français participe à un enrichissement incontestable du catalogue des droits fondamentaux.

167. Ce phénomène est également visible en Espagne et au Portugal où, malgré l'existence de catalogues comptant parmi les plus riches d'Europe, le juge dégage de nouveaux droits fondamentaux en vue de « dépasser les insuffisances de la constitutionnalisation »⁴⁶⁴. Pour ce faire, le juge s'appuie fréquemment sur le principe constitutionnel d'interprétation des droits et libertés constitutionnellement garantis conformément aux conventions internationales applicables en la matière⁴⁶⁵. C'est par exemple le cas du Tribunal constitutionnel espagnol qui, sur le fondement de l'article 14-5 du Pacte international des droits civils et politiques, intègre le droit à la double instance pénale au sein de l'article 24-1 de la Constitution⁴⁶⁶. De même, le Tribunal constitutionnel portugais, jusqu'à la révision constitutionnelle de 1997 et la consécration explicite du droit à un procès équitable, s'inspirait de la Convention européenne pour rattacher ce droit au principe de la protection juridictionnelle effective consacré par l'article 20 de la Constitution⁴⁶⁷.

168. En revanche, il apparaît assez surprenant que le juge constitutionnel portugais n'exploite pas véritablement le principe constitutionnel de la « liste ouverte » des droits fondamentaux⁴⁶⁸. Consacré à l'article 16-1 de la Constitution, ce principe, inspiré du IX^e

⁴⁶¹ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 308.

⁴⁶² V. par ex. D. Turpin, « La protection par le contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 188-189. Il importe néanmoins de relever que, à partir des années 1980, le Conseil constitutionnel, sous l'impulsion du doyen Vedel, a développé une jurisprudence postulant que le juge doit avant tout se fonder sur des dispositions écrites et ne recourir à des principes non écrits qu'en l'absence d'appui possible sur les autres éléments du bloc de constitutionnalité. En outre, la décision *loi d'amnistie* a été l'occasion pour le Conseil d'énoncer très clairement les conditions d'identification d'un PFRLR. Il doit s'agir d'un principe suffisamment général, trouvant sa source dans une législation républicaine antérieure à 1946 et n'ayant connu aucune dérogation (Cons. const., décision 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Rec.* p. 119, *J.O.* du 21 juillet 1988, p. 9448).

⁴⁶³ Le Conseil constitutionnel considère en effet « que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (Cons. const., décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *op. cit.*).

⁴⁶⁴ R. Garnier, *La démocratie portugaise*, *op. cit.*, p. 661.

⁴⁶⁵ Tel que souligné précédemment, l'article 10-2 de la Constitution espagnole dispose que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution doivent être interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux ratifiés par l'Espagne en la matière », tandis que l'article 16-2 de la norme suprême portugaise prévoit que « les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme ».

⁴⁶⁶ STC 42/1982 du 5 juillet 1982, *B.O.E.* du 4 août 1982, FJ 3.

⁴⁶⁷ A. de Araújo, L.M. Nogueira de Brito et J.P. Cardoso da Costa, « As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias », *Relatório português por la XII^e Conferência dos tribunais constitucionais europeus*, Bruxelles, 2002, p. 49.

⁴⁶⁸ Pour étude détaillée de cette problématique, v. : H. Mota, « Le principe de la "liste ouverte" en matière de droits fondamentaux », in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 177 ; J. Miranda, « A abertura constitucional a novos direitos fundamentais », *Estudos em Homenagem a Gomes da Silva*, Coimbra editora, 2001, p. 559.

amendement de la Constitution américaine du 17 septembre 1787⁴⁶⁹, postule que « *les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits découlant des lois et des règles applicables de droit international* ». De cette disposition, il résulte pour le juge une marge de manœuvre pour ainsi dire infinie car, à la différence des PFRLR, il ne s'agit pas seulement de droits du passé contenus dans les lois de la République, mais également de droits nouveaux, du futur⁴⁷⁰. Or, il semble que, jusqu'à présent, le juge n'ait eu que très timidement recours à ce mécanisme. Certes, le Tribunal constitutionnel portugais n'hésite pas à faire référence à l'article 16-1 de la Constitution⁴⁷¹. Mais, lorsqu'il le fait, c'est généralement en vue d'étendre son champ d'application à l'article 16-2, lequel ne renvoie qu'à la seule Déclaration universelle des droits de l'homme. En d'autres termes, le juge, plutôt que de se référer à l'article 16-1 de façon isolée, se livre à une lecture combinée des deux paragraphes de l'article 16 afin d'intégrer l'ensemble des conventions internationales relatives aux droits fondamentaux dans le spectre de l'article 16-2 de la Constitution et ainsi pallier son caractère restrictif. C'est pourquoi il est possible d'affirmer que l'expansion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique portugais s'effectue, pour l'essentiel, indépendamment du principe de la « liste ouverte »⁴⁷². A ce titre, la théorie des droits fondamentaux implicites est l'une des techniques privilégiée par le juge pour découvrir de nouveaux droits et libertés⁴⁷³. Elle conduit celui-ci à affirmer que le droit fondamental qu'il consacre est implicitement contenu dans une disposition constitutionnelle touchant aux droits et libertés. Cette technique a notamment permis au Tribunal constitutionnel de déduire de l'article 26-1 de la Constitution, relatif au droit à la vie privée, le droit à la garantie du secret bancaire⁴⁷⁴.

169. Ainsi, l'enrichissement régulier du catalogue de droits et libertés auquel se livre le juge par le biais de son pouvoir d'interprétation traduit un attachement évident de celui-ci aux droits fondamentaux. Mais, loin de se contenter de découvrir de nouveaux droits, le juge se montre également soucieux de leur conférer une effectivité maximale.

B. La recherche d'effectivité maximale des droits fondamentaux

170. Le primat des droits fondamentaux au sein des démocraties contemporaines conduit le juge à adopter un discours contribuant à leur développement constant. Soucieux d'assurer une protection maximale des individus, le juge, par l'intermédiaire de sa jurisprudence, s'érige, en effet, en promoteur des droits fondamentaux, avec en ligne de mire une recherche d'effectivité

⁴⁶⁹ « *L'énumération, dans la Constitution, de certains droits ne sera pas interprétée comme déniaut ou restreignant d'autres droits consacrés par le peuple* ».

⁴⁷⁰ C'est pourquoi les PFRLR ne peuvent être considérés comme une « liste ouverte » puisque, par définition, leur liste est préétablie par la législation des Républiques passées (P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 234).

⁴⁷¹ Le Tribunal constitutionnel portugais s'est ainsi référé à l'article 16-1 de la Constitution en vue de consacrer le droit à un deuxième degré de juridiction (Acórdão 31/1987 du 28 janvier 1987, *D.R.* série II du 1^{er} avril 1987), le droit à la connaissance et à l'établissement de la paternité (Acórdão 99/1988 du 28 avril 1988, *D.R.* série II du 22 août 1988) ou, encore, le droit de s'opposer à l'utilisation de son cadavre pour des raisons éthiques, philosophiques ou religieuses (Acórdão 130/88 du 8 juin 1988, *D.R.* série II du 5 septembre 1988).

⁴⁷² R. Medeiros, « O estado de direitos fundamentais portugueses : alcance, limites e desafios », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2002, vol. II., p. 27.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ Acórdão 278/1995 du 31 mai 1995, *D.R.* série II du 28 juillet 1995.

toujours plus grande de ces derniers. Bien entendu, il ne saurait être question, dans le cadre de cette étude, de se livrer à une étude exhaustive de ce mouvement jurisprudentiel, mais d'en identifier les manifestations les plus significatives.

171. Pour ce faire, il importe, en premier lieu, de souligner que le juge, confronté à la problématique de la force juridique contraignante des droits fondamentaux⁴⁷⁵, s'efforce de préciser que les droits dont l'effectivité est conditionnée par l'*interpositio legislatoris*, en tête desquels les droits-créances, sont, au même titre que les droits-libertés classiques, revêtus d'une portée juridique obligatoire.

172. La célèbre décision du Tribunal constitutionnel espagnol relative à l'objection de conscience au service militaire se révèle particulièrement révélatrice de cette position jurisprudentielle⁴⁷⁶. En l'espèce, le Tribunal, saisi d'un recours d'*amparo* intenté contre le rejet par l'administration d'une demande de bénéficiaire du statut d'objecteur de conscience, devait se prononcer sur l'applicabilité du droit constitutionnel à l'objection de conscience en l'absence de loi de développement ; développement législatif exigé par l'article 30-2 de la Constitution⁴⁷⁷. A l'inverse de l'administration, le juge constitutionnel a estimé que malgré l'inactivité du législateur, il convenait de donner un contenu minimum à ce droit en prononçant la suspension de l'ordre d'incorporation sous les drapeaux⁴⁷⁸. Certes, il ne s'agissait pas là d'un droit-créance. Néanmoins, il ne fait aucun doute pour le juge que cette catégorie de droits est également revêtue d'une certaine force juridique. En témoigne le Rapport espagnol à la VII^{ème} conférence des cours constitutionnelles européennes, précisant que « *la force contraignante [de la Constitution] et, en conséquence, son caractère de paramètre de contrôle concerne toutes ses dispositions sans qu'il soit possible de distinguer [...] entre les dispositions ayant un caractère "normatif" et les dispositions ayant un caractère "programmatoire"* »⁴⁷⁹. Ou, encore, le principe de « *la stabilité de la concrétisation légale des droits-sociaux* »⁴⁸⁰, dégagé par le Tribunal constitutionnel portugais à travers une décision en date du 11 avril 1984⁴⁸¹. Ce principe, qui ne va pas sans rappeler la jurisprudence

⁴⁷⁵ Le principe de la force juridique contraignante des droits fondamentaux est prévu par les articles 9-1 et 53-1 de la Constitution espagnole et par l'article 18-1 de la Constitution portugaise. En France, cette question, à l'origine de nombreuses controverses doctrinales en France, est désormais clairement tranchée depuis que le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur juridique du préambule de la Constitution à l'occasion de sa décision liberté d'association du 16 juillet 1971.

⁴⁷⁶ STC 15/1982 du 23 avril 1982, *B.O.E.* du 18 mai 1982 ; *A.I.J.C.*, 1985, p. 380, chron. P. Bon et F. Moderne ; *G.D.C.C.E.*, P. Bon et D. Maus (Dir.), Dalloz, Paris, 2008, n° 17, p. 79, comm. L.M. Diez-Picazo.

⁴⁷⁷ « *La loi fixe les obligations militaires des Espagnols et règle, avec les garanties nécessaires, l'objection de conscience, ainsi que les autres causes d'exemption du service militaire obligatoire, en imposant, le cas échéant, une prestation sociale de substitution* ».

⁴⁷⁸ Le fondement juridique est ainsi libellé : « *le fait que l'objection de conscience soit un droit qui, pour son développement et sa pleine efficacité, nécessite une interpositio legislatoris ne signifie pas que ce droit puisse être invocable uniquement lorsque le législateur l'a développé, car ceci conduirait à ce que sa reconnaissance constitutionnelle n'ait d'autre conséquence que celle d'établir un mandat au bénéfice du législateur sans aucune possibilité de protéger par elle-même des prétentions individuelles* ».

⁴⁷⁹ Cité par P. Bon, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », *op. cit.*, p. 57.

⁴⁸⁰ J. Casalta Nabais, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », *op. cit.*, p. 242.

⁴⁸¹ Acórdão 39/1984 du 11 avril 1984, *D.R.* série I du 5 mai 1984. En l'espèce, le Tribunal déclare inconstitutionnel le décret-loi abrogeant une loi relative au Service national de santé au motif que cette

du Conseil constitutionnel dite du « cliquet anti-retour »⁴⁸², prévoit que le législateur ne saurait abroger une loi ayant donné un contenu concret à un droit-créance, en particulier lorsque cette abrogation est synonyme de recul⁴⁸³. C'est bien là une preuve de la force contraignante des droits-créances car, dès lors que le législateur en assure la concrétisation, celui-ci est tenu par les garanties accordées.

173. En deuxième lieu, le juge développe une jurisprudence s'inscrivant dans une dynamique de concrétisation et d'approfondissement des droits fondamentaux.

174. C'est par exemple le cas du Conseil constitutionnel lorsqu'il recourt aux objectifs de valeur constitutionnelle. En cette matière, il est possible de se départir de l'opinion majoritairement admise en doctrine, selon laquelle la fonction essentielle des objectifs de valeur constitutionnelle est la limitation des droits fondamentaux⁴⁸⁴, pour se rallier à la thèse du professeur Pierre de Montalivet⁴⁸⁵. Ce dernier considère que ces normes formellement constitutionnelles, découvertes par le Conseil constitutionnel, constituent des corollaires nécessaires à la mise en œuvre des droits protégés par la Constitution. Ils sont des buts constitutionnels opérationnels vers lesquels doit, ou peut, tendre l'action du législateur afin de conférer une plus grande effectivité aux droits fondamentaux⁴⁸⁶. De sorte que si les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent limiter l'exercice de certains droits et libertés, c'est toujours pour mieux protéger d'autres droits fondamentaux⁴⁸⁷. L'objectif du droit à un logement décent en est une illustration éclatante. Consacré à l'occasion de la décision *Diversité de l'habitat* du 19 janvier 1995⁴⁸⁸, cet objectif autorise le législateur à limiter l'exercice du droit de propriété – en instituant par exemple une taxe d'habitation visant à dissuader les propriétaires de laisser leur logement vacant⁴⁸⁹ – en vue de garantir l'effectivité

abrogation, synonyme de suppression dudit Service, viole le « droit à la protection de la santé » consacré par l'article 64 de la Constitution.

⁴⁸² Ce principe postule que le législateur ne peut réglementer l'exercice d'une liberté fondamentale qu'en vue de le rendre plus effectif. Il a été explicitement consacré par la décision du Conseil constitutionnel des 10 et 11 octobre 1984 dite *Entreprise de presse* (Cons. const, décision 84-181 DC, *Rec.* p. 78, *J.O.* du 13 octobre 1984, p. 3200).

⁴⁸³ C'est du moins ainsi qu'a été interprétée cette jurisprudence par une partie de la doctrine (V. not. : J. Casalta Nabais, *op. cit.*, p. 243 ; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 6^{ème} éd., 2002, p. 476).

⁴⁸⁴ V. entre autres : J.-B. Auby, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *R.D.P.*, 1991, pp. 331-332 ; D. Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, *op. cit.*, pp. 468 et ss. ; L. Favoreu et X. Philip, *G.D.C.C.*, *op. cit.*, n° 34-4, p. 540.

⁴⁸⁵ P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, pp. 15 et 19. Dans le même sens, v. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, *op. cit.*, p. 205 ; M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 360-361.

⁴⁸⁷ P. de Montalivet, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸⁸ Cons. const., décision 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*, *Rec.* p. 176, *J.O.* du 21 janvier 1995, p. 1166.

⁴⁸⁹ Cons. const., décision 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Taxe d'habitation*, *Rec.* p. 276, *J.O.* du 31 juillet 1998, p. 11170 ; *Petites affiches*, 1999, n° 151, p. 29, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; *D.* 1999, p. 269, note W. Sabete ; *R.F.D.C.*, 1998, p. 763, chron. J. Tremeau.

du droit à mener une vie familiale normale et du principe de dignité de la personne humaine⁴⁹⁰.

175. Au Portugal, le principe de la « *primauté de la réglementation la plus favorable* »⁴⁹¹, dégagé par le Tribunal constitutionnel en 1987⁴⁹², participe, pour sa part, d'une recherche de concrétisation indéniable des droits-créances. Ce principe postule que dès l'instant où « *se vérifie un régime de concrétisation légale d'un droit social plus favorable en ce qui concerne un groupe de personnes, ce régime doit être étendu à tous les autres groupes de personnes qui ne bénéficient pas d'un régime aussi favorable pour ce même droit [...]* »⁴⁹³. C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle une disposition législative fixant des conditions d'obtention d'une pension plus rigoureuses pour un veuf que pour une veuve et, en conséquence, a étendu au veuf le régime de pension prévue pour la veuve⁴⁹⁴.

176. Quant à l'Espagne, les citoyens peuvent compter sur le principe de l'interprétation de l'ordonnement juridique dans le sens le plus favorable à l'exercice et à la jouissance des droits fondamentaux⁴⁹⁵. S'inscrivant dans le cadre du mouvement jurisprudentiel relatif à la suprématie de la Constitution⁴⁹⁶, ce principe, rappelé à plusieurs reprises par le juge constitutionnel⁴⁹⁷, prévoit qu'en présence d'une norme proposant plusieurs interprétations d'un droit reconnu par la Constitution, les pouvoirs publics doivent opter pour la solution octroyant la plus grande efficacité au droit considéré⁴⁹⁸. C'est là le signe d'une volonté d'approfondissement des droits fondamentaux.

177. En troisième et dernier lieu, le juge n'hésite pas à user de son pouvoir d'interprétation afin de clarifier, étendre, voire actualiser les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux. Ce processus herméneutique est particulièrement prégnant en Espagne où le juge de la constitutionnalité, sur la base, par exemple, du principe constitutionnel d'interprétation des droits fondamentaux conformément aux normes supranationales⁴⁹⁹, se réfère régulièrement aux conventions internationales de protection des droits de l'homme,

⁴⁹⁰ A cet égard, il est intéressant de constater avec le professeur Pierre de Montalivet que le Tribunal constitutionnel portugais a également consacré le lien entre la dignité humaine et le droit au logement (*op. cit.*, p. 150).

⁴⁹¹ J. Casalta Nabais, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », *op. cit.*, p. 244.

⁴⁹² Acórdão 181/1987 du 20 mai 1987, *D.R.* série II du 17 juillet 1987 ; Acórdão 449/1987 du 18 novembre 1987, *D.R.* série II du 19 décembre 1988.

⁴⁹³ J. Casalta Nabais, *op. cit.*, p. 244.

⁴⁹⁴ Acórdão 181/1987 et 449/1987, *op. cit.*

⁴⁹⁵ Sur ce point, v. not. : F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 395-396 ; V. Gimeno Sendra, A. Torres del Moral, P. Morenilla Allard, M. Díaz Martínez, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1^{ère} éd., 2007, p. 126.

⁴⁹⁶ C'est ainsi que le Tribunal constitutionnel a tout d'abord affirmé le principe d'interprétation de l'ensemble de l'ordonnement juridique conformément à la Constitution (STC 9/1981 du 31 mars 1981, *B.O.E.* du 14 avril 1981, FJ 3).

⁴⁹⁷ STC 76/1987 du 25 mai 1987, *B.O.E.* du 9 juin 1987, FJ 2.

⁴⁹⁸ En ce sens, v. par ex. : STC 133/2001 du 13 juin 2001, *B.O.E.* du 17 juillet 2001 ; STC 26/2006 du 30 janvier 2006, *B.O.E.* du 1 mars 2006.

⁴⁹⁹ Art. 10-2 de la Constitution espagnole, *op. cit.*

dont la Convention européenne⁵⁰⁰, pour modeler le contenu des droits et libertés garantis par la Constitution en vue de leur conférer un sens ultime. Le Tribunal constitutionnel estime que les textes et les accords internationaux auxquels renvoie l'article 10-2 de la Constitution constituent une source interprétative contribuant à une meilleure identification du contenu des droits et libertés⁵⁰¹. Aussi a-t-il considéré que les garanties offertes par l'article 17 de la Constitution, relatif au droit à la sûreté, telles qu'interprétées à la lumière de l'article 5 de la Convention européenne, couvrent également les internements psychiatriques⁵⁰² ou la rétention administrative d'un étranger en instance d'expulsion⁵⁰³.

178. S'agissant du Conseil constitutionnel, il semble que, malgré son refus d'intégrer le droit international dans le bloc de constitutionnalité⁵⁰⁴, celui-ci n'est pas totalement hermétique à la Convention européenne. En effet, la plupart des auteurs s'accordent désormais sur une « *utilisation implicite de la CEDH* »⁵⁰⁵ par le Conseil. C'est notamment le cas du professeur David Szymczak⁵⁰⁶ qui considère que la décision CSA⁵⁰⁷, à l'origine d'une extension des principes constitutionnels relatifs aux sanctions pénales au domaine des sanctions administratives, s'inspire de la conception relativement large que se fait la Cour européenne de la matière pénale⁵⁰⁸. Par ailleurs, et en dehors de toute considération du droit européen, le juge constitutionnel français, parfois confronté à des situations nouvelles, n'hésite pas à rénover les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés afin d'en modifier la finalité⁵⁰⁹. Cette méthode téléologique a notamment été utilisée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision *Entreprise de presse*⁵¹⁰, laquelle érige la liberté de la presse, comprise jusque-là comme la liberté des auteurs et des éditeurs, en droit fondamental des lecteurs⁵¹¹.

179. En définitive, ces quelques exemples reflètent, une fois de plus, l'attachement du juge aux droits de la personne humaine. Cet attachement se trouve renforcé par le contrôle rigoureux de la limitation des droits et libertés constitutionnellement garantis.

⁵⁰⁰ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à D. Szymczak, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, *op. cit.*, pp. 131 et ss.

⁵⁰¹ STC 64/1991 du 22 mars 1991, *B.O.E.* du 24 avril 1991, FJ 4.

⁵⁰² STC 178/1985 du 19 décembre 1985, *B.O.E.* du 15 janvier 1986.

⁵⁰³ STC 115/1987 du 7 juillet 1987, *B.O.E.* du 29 juillet 1987.

⁵⁰⁴ Cons. const., décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *op. cit.*

⁵⁰⁵ D. Szymczak, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, pp. 165-166.

⁵⁰⁷ Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *op. cit.*

⁵⁰⁸ La Cour européenne considère en effet que l'application des principes de la procédure pénale et du droit pénal ne saurait se limiter à la matière pénale stricto sensu mais doivent être étendus à l'ensemble du droit répressif (v. par ex. C.E.D.H., 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem et Koc c. Allemagne*, req. n° 6210/73 ; 6877/75 ; 7132/75).

⁵⁰⁹ B. Jeanneau, « Juridicisation et actualisation de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, 1989, p. 657.

⁵¹⁰ Cons. const., décision 84-181 DC des 10-11 octobre 1984, *op. cit.*

⁵¹¹ L. Favoreu et X. Philip, *G.D.C.C.*, *op. cit.*, n° 34-2, p. 539.

C. Le contrôle rigoureux de la limitation des droits fondamentaux

180. Il est classiquement admis que les droits fondamentaux ne sont pas des droits absolus mais des droits comportant des limites⁵¹², « soit que ces limites résultent expressément de la Constitution, soit qu'elles n'en résultent que de façon médiate et indirecte dès lors qu'elles se justifient par la nécessité de protéger, non seulement d'autres droits constitutionnels, mais aussi d'autres biens constitutionnellement protégés »⁵¹³. Pour autant, la limitation des droits fondamentaux ne saurait être, elle-même, illimitée parce que, si tel était le cas, elle conduirait à leur disparition. C'est pourquoi le juge constitutionnel, tant français, espagnol que portugais, considère que les limites portées aux droits fondamentaux, généralement par le législateur⁵¹⁴, doivent être interprétées de façon restrictive. Cette problématique classique de « la limitation des limites »⁵¹⁵ conduit le juge à vérifier que l'intervention du législateur ou de toute autorité normative est nécessaire et proportionnelle et, surtout, ne dénature pas les droits constitutionnellement garantis.

181. Il convient de reprendre ces deux points.

182. Premièrement, dès l'instant où le juge est confronté à une norme restreignant l'exercice des droits fondamentaux, celui-ci contrôle la nécessité et la proportionnalité de la restriction. Par le biais de ce contrôle, le juge s'assure que la restriction est non seulement la seule à même d'atteindre l'objectif poursuivi, mais également qu'elle est proportionnée, dans son intensité, par rapport aux avantages qui en résultent. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol sur la question est on ne peut plus explicite. A l'occasion d'une décision du 29 septembre 1997, celui-ci rappelle que si les droits fondamentaux ne sont pas des droits absolus, « les limites imposées à [leur] exercice doivent être établies, interprétées et appliquées de façon restrictive et, en tout état de cause, ne doivent pas être plus intenses que ce qui est nécessaire en vue de préserver d'autres biens ou droits constitutionnellement protégés. La limitation doit être la minimum indispensable et, pour cela, elle est soumise au principe de proportionnalité afin d'éviter des sacrifices non nécessaires ou excessifs desdits droits [...] »⁵¹⁶. L'objectif recherché est évident : s'assurer que les restrictions portées aux

⁵¹² V. par ex. : Cons. const., décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, Rec. p. 33 ; STC 2/1982 du 29 janvier 1982, *B.O.E.* du 26 février 1982, FJ 5.

⁵¹³ P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 251.

⁵¹⁴ En vertu du principe constitutionnel de la réserve de loi, la réglementation et, *a fortiori*, la limitation des droits fondamentaux relève en principe de la compétence du législateur. Cette garantie matérielle des droits et libertés constitutionnellement reconnus est communément admise par les Constitutions française (art. 34), espagnole (art. 53-1) et portugaise (art. 165-1.b). Pour des études approfondies, v. par. ex. : J. González Amuchastegui, « El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales », *Anuario de derechos fundamentales*, 1981, Ed. Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1982, p. 297 ; J. Trémeau, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997 ; M.A. Vaz, « A reserva de lei na Constituição de 1976 », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2006, vol. V, p. 143 ; L. Villacorta Mancebo, *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994.

⁵¹⁵ P. Bon, *op. cit.*, p. 251.

⁵¹⁶ STC 151/1997 du 29 septembre 1997, *B.O.E.* du 30 octobre 1997, FJ 5. Pour une application plus récente du principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux, v. STC 154/2002 du 18 juillet 2002, *B.O.E.* du 7 août 2002 ; *G.D.C.C.E.*, *op. cit.*, n° 31, p. 157, comm. M. Fraile. Pour une analyse approfondie de l'application du principe de proportionnalité en matière de droits fondamentaux en Espagne, v. C. Bernal Pulido, *El principio*

droits fondamentaux n'obstruent pas ces derniers au-delà du raisonnable. A ce titre, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et de la proportionnalité opéré par le Conseil constitutionnel⁵¹⁷ depuis 1982⁵¹⁸ poursuit une finalité similaire, dans la mesure où il permet « d'apprécier le caractère non-disproportionné, non-excessif, opportun, raisonnable des choix opérés par le législateur »⁵¹⁹ et, ainsi, de sanctionner les atteintes si graves à un droit ou une liberté qu'elles en empêchent l'exercice⁵²⁰.

183. Deuxièmement, le juge constitutionnel, saisi d'une norme portant limitation d'un droit fondamental, vérifie que cette dernière ne dénature pas la substance du droit considéré. Ce principe de non dénaturation, inspiré de l'article 19-2 de la Loi fondamentale allemande, postule que l'intervention du législateur ne doit pas porter atteinte au contenu essentiel, faire perdre toute substance aux droits et libertés constitutionnellement reconnus⁵²¹. C'est là une limite absolue à la restriction des droits fondamentaux⁵²². Explicitement consacré par les Constitutions espagnole et portugaise⁵²³, ce principe constitutionnel est en revanche ignoré par la norme suprême française. Toutefois, le mutisme du texte constitutionnel n'a pas empêché le Conseil constitutionnel, à l'image de la Cour constitutionnelle italienne⁵²⁴, de dégager une règle similaire à l'occasion de l'affaire *Droit de grève à la radio et à la télévision*⁵²⁵. Quoi qu'il en soit, il est certain que la nécessité de ne pas mettre en cause le contenu essentiel des droits reconnus par la Constitution permet au juge de développer un contrôle rigoureux de la limitation des droits fondamentaux. Certes, son utilisation est loin d'être aussi fréquente que celle du principe de proportionnalité. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire un désintérêt du juge pour cette technique de contrôle de l'action du législateur.

de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de estudios políticos y constitucionales, Col. Estudios constitucionales, Madrid, 2005.

⁵¹⁷ Sur cette question, v. par ex. L. Habib, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1986, p. 695 ; V. Goesel-le Bihan, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Rapport français », *A.I.J.C.*, 2009, vol. XXV, p. 191 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, P.U.A.M., coll. Science et Droit Administratifs, 1990. Et pour une approche plus spécifique, le lecteur pourra utilement se référer à M.-A. Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, th. dactylographiée, Pau, 2010, pp. 289 et ss.

⁵¹⁸ Cons. const., décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *op. cit.*

⁵¹⁹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 9^{ème} éd., 2010, p. 153.

⁵²⁰ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 310.

⁵²¹ Pour une approche théorique de cette notion, v. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2^{ème} reimpr., 2001, pp. 286 et ss. ; C. M.M. Queiroz, *Direitos fundamentais. Teoría geral, op. cit.*, pp. 211 et ss.

⁵²² J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 393.

⁵²³ Le principe de non-dénaturation prend le nom de respect du contenu essentiel des droits fondamentaux sur la péninsule ibérique. Il est prévu en Espagne par l'article 53-1 de la Constitution et au Portugal par l'article 18-3 de la Constitution.

⁵²⁴ En ce sens, v. P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *op. cit.*, p. 252.

⁵²⁵ Cons. const., décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, *op. cit.* A travers cette décision, le Conseil constitutionnel censure en effet les dispositions par lesquelles les agents du service public sont susceptibles d'être privés momentanément de leur droit de grève, même pour assurer le service normal, au motif qu'elles dénaturent le droit de grève (v. L. Favoreu et L. Philip, *G.D.C.C.*, *op. cit.*, n° 25-10, p. 354).

184. Deux éléments en attestent.

185. En premier lieu, le juge constitutionnel n'hésite pas à faire incidemment référence au contenu essentiel d'un droit afin de rappeler au législateur l'existence d'une telle garantie matérielle. En ce sens, le Tribunal constitutionnel portugais a pu relever que « *eu égard au caractère exceptionnel, dans le contexte global de ses activités professionnelles, des prestations de services assurées par les avocats aux bénéficiaires de l'aide judiciaire – prestations qui sont gratuites ou, pour le moins, dont la rémunération est problématique –, elles ne sont pas susceptibles de compromettre le statut juridique et financier des intéressés, dès lors qu'elles laissent entier le noyau essentiel de la juste rémunération du travail* »⁵²⁶.

186. En second lieu, le juge, confronté à l'indétermination du concept de contenu essentiel, s'efforce d'en façonner les contours. C'est notamment le cas du Tribunal constitutionnel espagnol qui, à travers une décision du 8 avril 1981⁵²⁷, a dégagé deux acceptions possibles de cette notion⁵²⁸ dont la synthèse conduit à appréhender le contenu essentiel comme « *la partie du contenu d'un droit sans laquelle celui-ci perd sa spécificité, ou, dit d'une autre façon, ce qui fait que ce droit peut être rattaché à une catégorie de droit d'un type défini. Il s'agit aussi de la partie du droit qui est invariablement nécessaire pour que le droit permette à son titulaire la satisfaction des intérêts pour la poursuite desquels le droit est octroyé* »⁵²⁹. En somme, la réglementation des droits fondamentaux par le législateur ne saurait conduire à une limitation telle que ces derniers s'en trouvent défigurés et leur exercice gravement empêché⁵³⁰.

187. Élément de définition des droits fondamentaux sans lequel ces derniers ne sauraient véritablement exister, le juge se présente incontestablement comme un organe de protection particulièrement adapté aux exigences des droits et libertés des individus. Le développement constant de son office et son attachement profond à la problématique des droits de la personne humaine sont autant d'éléments autorisant à qualifier celui-ci de gardien privilégié des droits fondamentaux. Dans cette perspective, justifier de la nécessité contemporaine d'un

⁵²⁶ Acórdão 433/1987 du 4 novembre 1987, D.R. série II du 2 décembre 1988, cité par J. Casalta Nabais, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », *op. cit.*, p. 241. Pour un rappel plus récent de l'obligation de respecter le contenu essentiel des droits fondamentaux, v. Acórdão 517/1998 du 15 juillet 1998, D.R. série II du 10 novembre 1998.

⁵²⁷ STC 11/1981 du 8 avril 1981, B.O.E. du 25 avril 1981, FJ. 8 (V. le Commentaire de L. Parejo Alfonso, « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional – A propósito de la sentencia del Tribunal constitucional del 8 abril 1981 », R.E.D.C., 1981, n° 3, p. 169).

⁵²⁸ « *La première correspond à la "nature juridique de chaque droit". La configuration, l'amplitude et le champ d'application d'un droit, tels que définis par la doctrine et les juges sont des caractéristiques préexistantes à la régulation législative. Il y a atteinte au contenu essentiel du droit lorsque le législateur méconnaît les caractéristiques ainsi définies. Toute restriction de celles-ci qui aboutit à empêcher de considérer que l'on est bien en présence du droit en cause, induit une dénaturation inconstitutionnelle. La seconde conception du contenu essentiel prend en compte "les intérêts juridiquement protégés en tant que noyau dur du droit". Il y a alors atteinte au contenu essentiel lorsque le droit est soumis à des restrictions qui le rendent vide de contenu, ou empêche son exercice effectif, ou le rend très difficile* » (L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 135).

⁵²⁹ *Ibid.*,

⁵³⁰ F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, *op. cit.*, p. 412.

ombudsman spécialisé à l'aune de l'insuffisance de la garantie juridictionnelle apparaît de prime abord surprenant. Les doutes quant à l'utilité d'une telle autorité se révèlent d'autant plus prononcés que l'action du juge se trouve relayée par la présence de mécanismes non juridictionnels classiques de garantie.

Section 2 – Le relais de mécanismes non juridictionnels de garantie

188. Si le juge se présente comme le gardien privilégié des droits fondamentaux, la France et la péninsule ibérique, à l'image de la plupart des systèmes démocratiques, disposent également de mécanismes traditionnels de garantie intervenant hors de l'organisation juridictionnelle. C'est par exemple le cas de la protection politico-parlementaire. Commune à la France et aux pays ibériques, cette protection, de nature politique, est susceptible de contribuer activement à la sauvegarde des droits fondamentaux. Elle s'inscrit en complémentarité de l'action du juge et, de ce fait, favorise un système institutionnel de garantie relativement complet de nature à alimenter les interrogations s'agissant de la nécessité contemporaine d'un ombudsman spécialisé (§ 1). Ces suspicions sont d'autant plus prononcées que la péninsule ibérique et, surtout, la France ont vu se développer, depuis le milieu des années 1970, des autorités administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux et présentant des modalités d'intervention globalement similaires à celle d'un ombudsman (§ 2).

§ 1. La protection politico-parlementaire des droits fondamentaux

189. Outre que le principe constitutionnel de la réserve de loi érige le législateur en pièce maîtresse du processus de concrétisation des droits fondamentaux, le Parlement, non seulement participe activement à la sanction des atteintes portées aux droits et libertés de valeur supralégislative (A), mais permet, de surcroît, un règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux droits fondamentaux par l'intermédiaire du droit de pétition (B). Dans les deux hypothèses, l'intervention du Parlement, de nature essentiellement politique, s'effectue selon des modalités sensiblement différentes de celle du juge et, ce faisant, se présente comme une source de complémentarité potentielle de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

A. La sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux

190. La capacité du Parlement à sanctionner les atteintes portées aux droits fondamentaux, rendue possible par ses prérogatives de contrôle de l'action gouvernementale et sa participation à la procédure législative, s'exerce aussi bien vis-à-vis du pouvoir exécutif (1) que du pouvoir législatif (2). Dans ces deux hypothèses, le rôle de l'opposition politique s'avère généralement décisif car cette dernière, soucieuse d'accéder au pouvoir, n'hésite pas à dénoncer tout agissement du gouvernement et de sa majorité parlementaire potentiellement attentatoires aux droits des individus.

1. La sanction des politiques gouvernementales liberticides

191. Dès le XIX^e siècle, John Stuart Mill souligne : « *Le véritable office d'une Assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre ; mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière tous ses actes, d'en exiger l'exposé et la justification [...]* »⁵³¹. Or, cette fonction de contrôle de l'action gouvernementale, expressément prévue par les Constitutions française, espagnole et portugaise⁵³², peut avoir une influence décisive dans la sauvegarde des droits et libertés⁵³³. Elle permet au Parlement d'évaluer les politiques publiques entreprises par le pouvoir exécutif afin de s'assurer que le gouvernement et son administration font une correcte application des lois de développement des droits fondamentaux et, surtout, n'y portent pas atteinte. En somme, « *une analyse scientifique visant à [...] contrôler la bonne application des lois, la rapidité de mise en œuvre du gouvernement, ainsi que les effets réels de la nouvelle législation* »⁵³⁴.

192. Evidemment, l'information est une condition essentielle pour mener à bien cette mission de contrôle⁵³⁵. C'est pourquoi la France et les pays ibériques ont développé des techniques d'information et d'investigation diverses et variées, dont l'histoire, à l'identique des mécanismes juridictionnels de garantie, est celle d'un perfectionnement constant⁵³⁶. De telles techniques, susceptibles de se combiner, se révèlent, à quelques exceptions près, globalement similaires selon le système juridique envisagé. Principalement deux mécanismes méritent d'être mentionnés ici : d'une part, la procédure des questions et des interpellations, d'autre part, le recours aux commissions d'enquête.

193. La procédure des questions est commune à la France et à la péninsule ibérique. Consacré par la norme suprême⁵³⁷, le droit des parlementaires d'interroger le gouvernement peut prendre la forme de questions écrites ou orales. Il se révèle particulièrement efficace lorsque les questions sont suivies d'un débat car les parlementaires sont en mesure de contraindre le gouvernement à communiquer d'avantage d'informations. Egalement, le mécanisme français des questions au gouvernement, qui se rapproche du droit dont dispose les groupes parlementaires portugais « *de provoquer le débat, en présence du gouvernement, sur des questions d'intérêt public actuel et urgent* »⁵³⁸, s'avère très utile pour interroger les

⁵³¹ J. Stuart Mill, *Le gouvernement représentatif*, trad. M. Dupont-White, Guillaumin, Paris, 3^{ème} éd., 1877, p. 135.

⁵³² Cette fonction est prévue par l'article 24 de la Constitution française, l'article 66-2 de Constitution espagnole et l'article 156 de la Constitution portugaise.

⁵³³ A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 95.

⁵³⁴ J. Xavier, *Le renforcement du Parlement. Du Comité Ballardur au projet Sarkozy*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2008, p. 100.

⁵³⁵ M. Aragón Reyes, « Información parlamentaria y función de control », in *Instrumentos de información de las cámaras Parlamentarias*, Centro de estudios constitucionales, Cuadernos y Debates n° 52, Madrid, 1994, p. 13 ; R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., p. 445.

⁵³⁶ Sur ce point, v. not. : C. Leston-Bandeira, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2002, pp. 125 et ss. ; J. Xavier, op. cit.

⁵³⁷ Cette technique de contrôle est garantie par l'article 48 de la Constitution française, l'article 111 de la Constitution espagnole et l'article 156 de la Constitution portugaise.

⁵³⁸ Art. 180-2, c) de la Constitution portugaise.

ministres sur des sujets d'actualité. Ces procédures sont régulièrement utilisées dans le domaine des droits fondamentaux. Vanessa Barbé relève en ce sens que, en France, sur les 66524 questions écrites et orales posées du 1^{er} octobre 2002 au 30 septembre 2005, 22723, soit 34%, intéressent les droits et libertés. Quant aux questions au gouvernement, 724 des 2174 questions posées évoquent les droits des citoyens, soit 33 % des questions⁵³⁹.

194. Par ailleurs, en Espagne⁵⁴⁰ et au Portugal⁵⁴¹ existe le droit d'interpellation⁵⁴², défini par le professeur Fernando Santaolalla López comme des « *questions adressées au gouvernement sur des matières de caractère général ou d'une importance politique particulière provoquant généralement l'ouverture d'un débat se terminant, éventuellement, par la votation d'une motion par laquelle la Chambre fixe sa position relative au sujet débattu* »⁵⁴³. Il se distingue des questions au regard du caractère plus large des problématiques abordées. Portant sur des matières de politique générale ou de politique sectorielle, l'interpellation permet de mettre en cause un dysfonctionnement des services placés sous l'autorité du gouvernement⁵⁴⁴.

195. Le droit de créer des commissions d'enquête est également commun à la France et à la péninsule ibérique⁵⁴⁵. Les commissions d'enquête peuvent être définies comme des « *organes parlementaires collégiaux et temporaires [...] chargés de vérifier et analyser une question d'intérêt général en vue d'exiger la responsabilité politique ou d'aider à l'épuration d'une éventuelle responsabilité juridique* »⁵⁴⁶. Au Portugal, la création d'une commission d'enquête ne peut être refusée dès lors qu'elle est demandée par plus d'un dixième des députés⁵⁴⁷. Généralement, ces commissions disposent de prérogatives particulièrement larges permettant de déceler toute faute commise par le pouvoir exécutif ou les services et autorités placés sous sa dépendance⁵⁴⁸. Elles peuvent notamment procéder à des études, auditionner des membres

⁵³⁹ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 265.

⁵⁴⁰ Art. 111 de la Constitution espagnole.

⁵⁴¹ Art. 180-2 c) de la Constitution portugaise.

⁵⁴² Le mécanisme existe également en France mais, dans la mesure où il est indissociable de la procédure de la motion de censure en vertu de l'article 156 du Règlement de l'Assemblée nationale, il n'est pratiquement jamais utilisé (sur ce point, v. P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 4^{ème} éd., 2010, p. 286).

⁵⁴³ Cité par J.A. Alonso de Antonio et Á.L. Alonso de Antonio, *Introducción al derecho parlamentario*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 206.

⁵⁴⁴ Sur ce point, v. P. Gélard et J.-C. Peyronnet, *L'expérience des parlements nationaux au sein de l'Union européenne : une source d'inspiration pour la modernisation du Sénat. Les exemples luxembourgeois, belge, portugais, grec, tchèque, autrichien et slovaque, Rapport d'information n° 418 fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois du Sénat, 2006-2007*, p. 11.

⁵⁴⁵ En France, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ce droit est expressément consacré par l'article 51-2 de la Constitution. En Espagne, il est prévu par l'article 76-1 de la Constitution et au Portugal par l'article 156 f) de la Constitution.

⁵⁴⁶ J.A. Alonso de Antonio et Á.L. Alonso de Antonio, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁴⁷ P. Gélard et J.-C. Peyronnet, *L'expérience des parlements nationaux au sein de l'Union européenne : une source d'inspiration pour la modernisation du Sénat. Les exemples luxembourgeois, belge, portugais, grec, tchèque, autrichien et slovaque, op. cit.*, p. 92.

⁵⁴⁸ L'article 6 ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées dispose en ce sens que « *les commissions d'enquête sont formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées* » (Ord. n° 58-1100, *J.O* du 18 novembre 1958, p. 10336).

du gouvernement, ou toute autre personnalité, et exiger leur collaboration. Au Portugal, elles disposent des pouvoirs d'investigation propres aux autorités judiciaires. A l'identique de la procédure des questions, le droit d'enquête est fréquemment utilisé pour faire la lumière sur des problématiques touchant aux droits fondamentaux⁵⁴⁹.

196. Dans l'hypothèse où une atteinte aux droits fondamentaux est constatée, le Parlement détient plusieurs moyens pour y mettre un terme. Le moyen le plus direct est la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement par l'adoption d'une motion de censure. Toutefois, outre que ce mécanisme classique des régimes parlementaires est quasiment tombé en désuétude⁵⁵⁰, sous l'influence notamment du phénomène majoritaire, le Parlement dispose de mécanismes incitatifs plus efficaces et plus redoutables⁵⁵¹. Le relais médiatique des débats parlementaires, la publicité des auditions effectuées par les commissions d'enquête ou, encore, la publication des rapports remis par ces dernières, sont autant de moyens de pression conduisant généralement le gouvernement à mettre un terme à l'atteinte constatée. De surcroît, les techniques parlementaires d'information et d'investigation participent d'une dynamique de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Les organes exécutifs, se sachant surveillés par les parlementaires, cherchent effectivement à accomplir leurs responsabilités avec la plus grande diligence⁵⁵². Le contrôle opéré par le Parlement s'inscrit ici en complémentarité de la garantie juridictionnelle dont les spécificités rendent la prévention des atteintes aux droits fondamentaux beaucoup plus délicate. Cette complémentarité se double d'une collaboration en matière de sanction des atteintes aux droits fondamentaux commises par le législateur.

2. La mise en échec des lois liberticides

197. Principalement deux moyens s'offrent au Parlement pour sanctionner une disposition législative portant atteinte aux droits fondamentaux. Tout d'abord, un moyen direct consistant à faire obstacle, au cours de la procédure législative, à un projet ou une proposition de loi considérée comme liberticide. Le Parlement, de sa propre initiative, rejette ou modifie un texte contraire aux droits fondamentaux. En somme, « *le procès fait à la loi n'attend [...] pas la saisine du Conseil constitutionnel* »⁵⁵³ (a). Ensuite, un moyen indirect conduisant à saisir la Cour constitutionnelle d'une loi adoptée par le Parlement malgré l'existence de doutes quant à sa conformité à la Constitution (b). Le Parlement joue alors un rôle d'activation de l'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois, expression d'une collaboration entre les institutions parlementaire et juridictionnelle dans le domaine des droits fondamentaux.

⁵⁴⁹ Pour ne prendre que l'exemple de la France, des commissions d'enquêtes ont été créées dans des domaines aussi variés que la régularisation des étrangers, les droits de l'enfant ou la situation des prisons (v. L. Favoreu (Dir.) et alii., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 748).

⁵⁵⁰ M. Aragón Reyes, « Información parlamentaria y función de control », op. cit., p. 24.

⁵⁵¹ R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., p. 445.

⁵⁵² F. Santaolalla López, *Derecho constitucional*, Dykinson, S.L., Madrid, 2004, p. 337.

⁵⁵³ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 134.

a. L'opposition aux projets et propositions de lois contraires aux droits fondamentaux

198. Selon le professeur Michel Levinet, « *dans la démocratie représentative, le Parlement constitue le défenseur naturel des droits et libertés. A cet effet, les élus peuvent mettre en œuvre les prérogatives propres à la procédure législative [...] pour faire obstacle à l'adoption d'une loi liberticide [...]* »⁵⁵⁴. Sans se livrer à une étude approfondie de la procédure législative, il importe de constater que les mécanismes mis à la disposition des parlementaires dans le cadre du processus d'élaboration et d'adoption de la loi permettent effectivement de sanctionner les textes portant violation des droits fondamentaux, soit que cette sanction prenne la forme d'un rejet du texte inscrit à l'ordre du jour, soit qu'elle se caractérise par une modification de celui-ci afin de le rendre conforme aux droits de la personne humaine⁵⁵⁵.

199. S'agissant, en premier lieu, du rejet des textes contraires aux droits et libertés fondamentaux, il est possible d'opérer une distinction entre les hypothèses de rejet intégral et celles de rejet partiel.

200. Le rejet intégral d'un projet ou d'une proposition de loi prend généralement la forme d'un vote sur une motion de procédure présentée par un ou plusieurs parlementaires⁵⁵⁶. L'exemple typique⁵⁵⁷ est celui de la procédure française de l'exception d'irrecevabilité⁵⁵⁸ prévue par les règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat⁵⁵⁹. Soulevée avant la discussion des articles, cette motion a pour « *objet [...] de faire reconnaître que le texte est contraire à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles* »⁵⁶⁰. Son adoption conduit au rejet pur et simple du texte, à charge pour le gouvernement de proposer un nouveau texte ou de l'abandonner⁵⁶¹. Or, le recours à ce mécanisme a régulièrement pour finalité de dénoncer une atteinte aux droits fondamentaux. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Du 1^{er} octobre 2004 au 30 septembre 2005, sur quarante-trois projets ou propositions de lois ordinaires discutés dans les chambres, vingt-sept exceptions d'irrecevabilité sont mises aux voix à l'Assemblée nationale, dont vingt en première lecture. Et sur ces vingt exceptions sept évoquent explicitement une disposition constitutionnelle relative aux droits fondamentaux, soit 35 %

⁵⁵⁴ M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 413.

⁵⁵⁵ Sachant que, en toute hypothèse, il ne s'agit en aucune façon de dispositifs spécialement aménagés pour la protection des libertés, mais de mécanismes généraux de la procédure législative susceptibles de conduire le Parlement à sanctionner, de sa propre initiative, une loi attentatoire aux droits fondamentaux.

⁵⁵⁶ V. Barbé, op. cit., p. 132.

⁵⁵⁷ A noter également la procédure de la question préalable dont l'objet est de faire décider que l'assemblée s'oppose à l'ensemble du texte eu égard à l'inopportunité de la délibération (v. art. 44-3 R.S.).

⁵⁵⁸ J.-L. Autin, « Les exceptions d'irrecevabilité soulevées par les parlementaires français », *R.D.P.*, 1983, p. 687 ; S. Barre-Aivazzadeh, *L'exception d'irrecevabilité pour inconstitutionnalité devant les assemblées parlementaires françaises*, th. Dactylographiée, Université de Bourgogne, 1994.

⁵⁵⁹ Art. 91-5 R.A.N et art. 44-2 R.S.

⁵⁶⁰ Art. 91-5 R.A.N.

⁵⁶¹ Exception faite de l'hypothèse où l'exception d'irrecevabilité est adoptée par le Sénat. Dans ce cas de figure, le Gouvernement a effectivement la possibilité de donner le dernier mot à l'Assemblée nationale en vertu de l'article 45 de la Constitution.

des exceptions⁵⁶². Par ailleurs, le recours au droit d'amendement peut également donner lieu à un rejet intégral du texte⁵⁶³. C'est le cas en Espagne où, en vertu des articles 110-2 et 110-3 du règlement du Congrès des députés, un groupe de parlementaire est habilité à déposer un amendement portant sur l'opportunité, les principes ou l'esprit général d'un projet de loi avec pour finalité son renvoi au gouvernement ou sa substitution par un texte alternatif⁵⁶⁴.

201. En matière de rejet partiel d'un texte de loi, le droit d'amendement joue inévitablement un rôle majeur puisque, en France comme sur la péninsule ibérique, il autorise un parlementaire ou un groupe de parlementaires à proposer la suppression d'un ou plusieurs articles des textes inscrits à l'ordre du jour. Au-delà des enjeux strictement politiques, le recours au droit d'amendement est régulièrement motivé par des considérations touchant aux libertés fondamentales. Un exemple révélateur est offert par le Projet de loi français relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. A l'occasion de son examen en première lecture par le Sénat, début février 2011, l'adoption d'un certain nombre d'amendements déposés par le groupe socialiste a permis de faire échec aux dispositions de l'article 3bis, visant à étendre les cas de personnes susceptibles d'être déchues de la nationalité française. De surcroît, a également été supprimé l'article 17ter, durcissant les conditions de régularisation des étrangers malades ainsi que l'article 37, allongeant de manière arbitraire le délai de rétention⁵⁶⁵. Bien que partiellement rétablies en deuxième lecture par l'Assemblée nationale⁵⁶⁶, la suppression de ces dispositions par le Sénat atteste de la capacité du Parlement à s'opposer aux projets ou propositions de lois portant violation des droits des individus.

202. Concernant, en second lieu, les hypothèses de mise en conformité des textes aux droits fondamentaux, il est évident que la procédure d'amendement occupe, une fois de plus, une place privilégiée, dès lors qu'elle permet de modifier substantiellement une disposition législative en cours de discussion. Plus qu'une simple mise en conformité, le recours au droit d'amendement aboutit parfois à un remaniement du texte en discussion dans un sens plus favorable aux droits des individus. En témoigne la mise en place en France, à la suite de la discussion en première lecture devant le Sénat du projet de loi sur la présomption d'innocence⁵⁶⁷, d'une nouvelle procédure d'appel des arrêts rendus en dernier ressort par les cours d'assises. Cette avancée du point de vue des droits du justiciable, à l'initiative du rapporteur de la commission des lois du Sénat, Charles Jolibois, semble corroborer la thèse selon laquelle les chambres hautes ont tendance à s'ériger en défenseur des droits de

⁵⁶² Chiffres proposés par V. Barbé, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁵⁶³ Chose *a priori* impossible en France dans la mesure où l'article 98-4 du R.A.N. dispose que « *Les amendements ne peuvent porter que sur un seul article [...]* ». En conséquence de quoi si des amendements de suppression sont autorisés, ils ne le sont que dans la mesure où ils portent sur un article identifié du texte et non sur le texte dans sa globalité.

⁵⁶⁴ Sur ce point, v. J.A. Alonso de Antonio et Á.L. Alonso de Antonio, *Introducción al derecho parlamentario*, *op. cit.*, pp. 173-174 ; F. Santaolalla López, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁵⁶⁵ Sur ce point, v. A. Anziani, J.-P. Sueur et R. Yung, « Des amendements socialistes adoptés en commission des lois pour abroger deux dispositions inacceptables du projet de loi sur l'immigration », Communiqué de presse du Groupe socialiste du Sénat, 19 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.senateurs-socialistes.fr].

⁵⁶⁶ L'Assemblée nationale a effectivement rétabli l'article 17ter à l'occasion de la séance du 9 mars 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

⁵⁶⁷ *J.O.* du Sénat du 26 juin 1999, pp. 4463 et ss., cité par V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 215.

l'homme⁵⁶⁸, en particulier lorsqu'elles pâtissent d'un déficit de représentativité. En effet, n'étant pas soumise au contrôle du gouvernement, les secondes chambres disposent généralement d'une plus grande liberté et d'un recul sensiblement plus important vis-à-vis des textes dont-elles ont à connaître. Elles portent « *des idées qui sont propres à rassurer : tempérer, équilibrer, stabiliser le pouvoir ; concilier les oppositions ou les contradictions* »⁵⁶⁹. La capacité du Parlement à sanctionner les lois potentiellement attentatoires aux droits fondamentaux se trouve renforcée par l'ouverture de la saisine de la juridiction constitutionnelle à une minorité de parlementaires.

b. La saisine de la juridiction constitutionnelle des lois contraires aux droits fondamentaux

203. Tel que le préconisait Hans Kelsen, « *en ce qui concerne spécialement les recours contre les lois, il serait extrêmement important d'accorder également le droit de l'intenter à une minorité qualifiée du Parlement. Et cela d'autant plus que la justice constitutionnelle [...] doit nécessairement servir, dans les démocraties parlementaires, à la protection des minorités* »⁵⁷⁰. La France, l'Espagne et le Portugal ont, à l'image de la plupart des démocraties européennes, réceptionné les sages préceptes du Maître de Vienne. Au Portugal, le Tribunal constitutionnel peut être saisi par un dixième des membres de l'Assemblée de la République en matière de contrôle abstrait *a posteriori*⁵⁷¹ et par un cinquième des députés effectivement en fonction dans le cadre du contrôle abstrait *a priori* contre les lois organiques⁵⁷². En Espagne, la saisine du Tribunal constitutionnel d'un recours *a posteriori* est ouverte à cinquante députés ou cinquante sénateurs⁵⁷³, soit un septième de la chambre basse et un cinquième environ de la chambre haute. En France, depuis la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974⁵⁷⁴, soixante députés ou soixante sénateurs⁵⁷⁵ sont habilités à saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle abstrait *a priori* de la loi.

204. Or, ainsi ouverte à une minorité qualifiée de parlementaires, c'est-à-dire à l'opposition politique, la saisine de la juridiction constitutionnelle permet au Parlement de participer activement à la protection des droits fondamentaux contre l'action du législateur⁵⁷⁶. Elle se

⁵⁶⁸ Le professeur Yves Weber considère à ce titre que « *L'apparition généralisée du bicaméralisme coïncide avec l'essor des mouvements constitutionnalistes qui entendent, face à l'absolutisme du pouvoir, consacrer la liberté politique et les libertés individuelles sur le plan du droit* » (« La crise du bicaméralisme », *R.D.P.*, 1972, p. 577).

⁵⁶⁹ J. Mastias et J. Grangé, *Les secondes Chambres du Parlement en Europe occidentale*, Economica, Paris, 1987, p. 99.

⁵⁷⁰ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 247.

⁵⁷¹ Art. 281-2, f) de la Constitution. A noter qu'il n'existe aucun délai de recours, si bien que le contrôle abstrait *a*, au Portugal, un « *caractère perpétuel* » (P. Bon, *in* P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 87).

⁵⁷² Art. 278-4 de la Constitution portugaise.

⁵⁷³ Art. 162 a) de la Constitution espagnole.

⁵⁷⁴ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre portant révision de l'article 61 de la Constitution, *op. cit.*

⁵⁷⁵ Art. 61 de la Constitution française.

⁵⁷⁶ En France, le Parlement n'a toutefois pas attendu l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition politique pour jouer un rôle décisif en matière de protection des droits fondamentaux. En effet, la décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*, à l'origine de l'intégration du Préambule de la Constitution de 1958 au sein du bloc de constitutionnalité, est le résultat d'une saisine du Président du Sénat Alain Poher.

présente comme un ultime moyen pour les membres de l'opposition de mettre en échec une loi oppressive. Certes, les parlementaires ne sont plus ici les censeurs directs de la loi. Mais ils se trouvent à l'origine de l'activation du contrôle de constitutionnalité et, partant, s'érigent en collaborateurs du juge en soumettant à son examen les lois potentiellement inconstitutionnelles, dont celles touchant aux droits fondamentaux. A ce titre, pas moins de 40,5 % des cas d'ouverture invoqués dans les saisines parlementaires françaises reposent sur une violation des droits fondamentaux⁵⁷⁷.

205. Il convient toutefois de souligner que le succès de cette voie de droit diffère sensiblement selon le système juridique considéré. A une utilisation très fréquente en France, puisque, de décembre 1974 à août 2004, il y a eu 441 saisines parlementaires en matière de contrôle abstrait des normes⁵⁷⁸, correspond un usage plus modéré sur la péninsule ibérique. En Espagne, les statistiques fournies par le Tribunal constitutionnel indiquent que, de 2000 à 2009, sur les 294 recours en inconstitutionnalité introduits, seulement 49 proviennent de cinquante députés ou cinquante sénateurs⁵⁷⁹. Tandis qu'au Portugal, de mai 1983 à septembre 2004, sur les 92 arrêt rendus par le Tribunal constitutionnel dans le cadre de son contrôle abstrait *a priori* aucun ne l'a été sur saisine parlementaire et, sur les 418 arrêts rendus en matière de contrôle abstrait *a posteriori*, 54 l'ont été à l'initiative du dixième des membres de l'Assemblée de République ou du dixième des membres des assemblées législatives des régions autonomes des Açores ou de Madère⁵⁸⁰.

206. Deux facteurs, dégagés par le professeur Pierre Bon⁵⁸¹, sont susceptibles d'expliquer une telle différence entre la France et la péninsule ibérique.

207. Premièrement, la saisine parlementaire étant longtemps demeurée la seule voie d'accès au Conseil constitutionnel, il est probable que celle-ci s'en soit trouvée valorisée. A savoir que les membres de l'opposition, conscients que « *s'ils ne saisissent pas le Conseil d'une loi donnée, il n'y a pratiquement aucune chance pour que sa constitutionnalité puisse être appréciée* »⁵⁸², s'efforcent de déférer quasi systématiquement les lois adoptées par la majorité. Rien de tel sur la péninsule ibérique où non seulement d'autres autorités de saisine, telles que les Communautés autonomes⁵⁸³, peuvent s'avérer actives au sein même de la procédure de contrôle abstrait, mais, de plus, d'autres techniques que la procédure de contrôle abstrait permettent de contrôler la constitutionnalité des lois⁵⁸⁴.

⁵⁷⁷ M. Fatin-Rouge Stefanini et D. Maus, « Eléments statistiques », in D. Maus et A. Roux (Dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 2006, p. 163.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 151.

⁵⁷⁹ [En ligne]. Disponible sur [www.tribunalconstitucional.es].

⁵⁸⁰ Données statistiques proposées par P. Bon, « Les expériences étrangères de saisine parlementaire », in D. Maus et A. Roux (Dir.), *op. cit.*, p. 100.

⁵⁸¹ *Ibid.*, pp. 100-103.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 101.

⁵⁸³ En Espagne, par exemple, sur les 294 recours en inconstitutionnalité introduits de 2000 à 2009, 173 émanent des Communautés autonomes.

⁵⁸⁴ C'est le cas du contrôle concret, commun au Portugal et à l'Espagne, et du recours d'*amparo* espagnol qui permet de contester indirectement la constitutionnalité d'une loi. En revanche, en France, ce n'est que depuis

208. Deuxièmement, et surtout, la nature essentiellement *a priori* du contrôle abstrait en France se révèle propice à la fréquence des saisines parlementaires. En effet, « *le Conseil constitutionnel rendant sa décision dans les semaines qui suivent le débat politique au Parlement et alors que les braises en sont encore incandescentes, la décision de ce dernier sera immanquablement restituée dans un tel débat et analysée par les médias, s'il donne raison aux requérants, comme une victoire de l'opposition et une défaite du gouvernement et de la majorité qui le soutient* »⁵⁸⁵. Par conséquent, l'opposition a tout intérêt à saisir le Conseil constitutionnel car l'éventuelle censure de la loi lui permet de « *marquer un point dans le match qui l'oppose à la majorité* »⁵⁸⁶.

209. La protection parlementaire des droits fondamentaux se traduit ainsi par la capacité du Parlement à sanctionner les agissements liberticides des pouvoirs exécutif et législatif. Cette protection de nature politique, complémentaire de l'action du juge, se prolonge à travers la résolution extrajudiciaire des litiges impliquant les droits fondamentaux par le biais du droit de pétition.

B. La « résolution extrajudiciaire des litiges impliquant les droits fondamentaux »⁵⁸⁷ par l'intermédiaire du droit de pétition

210. Le droit de pétition est classiquement défini comme la possibilité offerte à une ou plusieurs personnes d'adresser des demandes ou des suggestions écrites à une autorité publique⁵⁸⁸. Expressément consacré par les Constitutions espagnole et portugaise⁵⁸⁹, ce droit, ignoré par le constituant de 1958, a finalement été réhabilité, d'abord à l'échelon local par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003⁵⁹⁰, puis au niveau national par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui permet aux citoyens d'adresser des pétitions au Conseil économique social et environnemental⁵⁹¹. Cela étant, la Constitution française demeure muette quant à l'existence d'un éventuel droit pour le citoyen d'adresser des pétitions au Parlement. Et ce n'est pas la nouvelle procédure de référendum d'initiative

2010 et la mise en place effective de la question prioritaire de constitutionnalité qu'une autre technique que la procédure de contrôle abstrait permet de contrôler la constitutionnalité des lois.

⁵⁸⁵ P. Bon, « Les expériences étrangères de saisine parlementaire », *op. cit.*, p. 102.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ L'expression est empruntée à Vanessa Barbé (*Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 353).

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ En Espagne, l'article 29-1 de la Constitution dispose que « *Tous les Espagnols ont le droit de pétition individuel et collectif, par écrit, dans les formes et avec les effets déterminés par la loi* ». Au Portugal, l'article 52-1 de la Constitution prévoit que « *Tous les citoyens peuvent soumettre individuellement ou collectivement aux organes de souveraineté, aux organes de gouvernement propres des régions autonomes ou à toute autorité, des pétitions, des représentations, des réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, la Constitution, la loi ou l'intérêt général. Ils ont le droit d'être informés, dans un délai raisonnable, du résultat de l'examen de leur requête* ».

⁵⁹⁰ La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (loi constitutionnelle n° 2003-276 relative à l'organisation décentralisée de la République, *J.O.* du 29 mars 2003, p. 5568) introduit au sein de la Constitution un article 72-1 qui prévoit notamment que « *la loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence* ».

⁵⁹¹ Art. 69 de la Constitution.

minoritaire⁵⁹², faussement appelée référendum d'initiative populaire, qui permet d'affirmer le contraire⁵⁹³. Dans la mesure où il s'agit d'une « *procédure d'en haut* »⁵⁹⁴, dont l'initiative appartient à un cinquième des membres du Parlement, sous la forme d'une proposition de loi qui doit, préalablement à l'organisation d'un hypothétique référendum⁵⁹⁵, recueillir la signature d'un dixième des électeurs inscrits, cette procédure n'introduit en aucune façon un éventuel droit constitutionnel pour le citoyen d'adresser des pétitions au Parlement. Pour autant, un tel droit est loin d'être inexistant. On en veut pour preuve l'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, aux termes duquel « *les règlements [des] assemblées fixeront les conditions dans lesquelles des pétitions écrites pourront leur être présentées* »⁵⁹⁶. A l'origine d'importantes controverses doctrinales quant à la teneur exacte de sa nature juridique, le droit de pétition est appréhendé par certains auteurs comme un droit exclusivement politique dont la seule finalité est de permettre l'implication des citoyens dans le fonctionnement du jeu politique par la transmission de requêtes d'intérêt général⁵⁹⁷.

211. A la vérité, cette acception restrictive du droit de pétition doit être relativisée dans la mesure où ce dernier fait également office de mécanisme de plainte et, à cet égard, se révèle assez adapté à la dénonciation des atteintes portées aux droits fondamentaux⁵⁹⁸. C'est pourquoi il est possible d'affirmer avec Sonia Dubourg-Lavroff que le droit de pétition présente une nature juridique mixte recouvrant deux réalités : « *les plaintes, exprimées pour obtenir la résolution d'un grief privé et les pétitions stricto sensu consistant en des propositions d'amélioration des règles de la vie politique et sociale* »⁵⁹⁹. Partant, l'approche contemporaine du droit de pétition répond toujours à la conception que s'en faisait Maximilien Robespierre d'une permission juridique permettant aux citoyens les plus faibles et les plus désemparés de s'adresser aux autorités publiques en vue de dénoncer la violation de leurs droits et libertés⁶⁰⁰.

⁵⁹² Introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 au sein de l'article 11 de la Constitution de 1958, cette procédure prévoit qu'« *un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an* ».

⁵⁹³ Pour une approche approfondie de ce mécanisme, le lecteur pourra utilement se référer à : Q. Girault, *Le choix de l'introduction d'un référendum d'initiative minoritaire dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2011.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁹⁵ Hypothétique en ce sens que le référendum ne sera organisé que si les deux assemblées n'ont pas examiné la proposition de loi dans le délai qu'aura fixé la loi organique. Or, il est plus que probable, comme le souligne le professeur Michel Lascombe, que « *les assemblées inscrivent la proposition à leur ordre du jour, fût-ce pour la rejeter rapidement (surtout si elle émane de l'opposition) et éviter ainsi le référendum* » (in *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2012, Paris, p. 407).

⁵⁹⁶ Ord. n° 58-1100, *J.O.* du 18 novembre 1958, p. 10335.

⁵⁹⁷ C'est la conception que s'en faisait Isaac le Chapelier (v. S. Dubourg-Lavroff, « Le droit de pétition en France », *op. cit.*, pp. 1741 et 1750 ; A. García Cuadrado, « El derecho de petición », *Revista de derecho político*, *op. cit.*, pp. 147) et celle défendue par le professeur Fernando Garrido Falla (v. I. Ibañez García, *Derecho de petición y derecho de queja*, *op. cit.*, p. 11).

⁵⁹⁸ En ce sens, v. H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁹⁹ S. Dubourg-Lavroff, *op. cit.*, p. 1741. Dans le même sens, v. A. García Cuadrado, *op. cit.*, pp. 145 et ss.

⁶⁰⁰ Sur ce point, v. S. Dubourg-Lavroff, *op. cit.*, pp. 1734, 1741 et 1742.

212. Or, parmi ces autorités, l'institution parlementaire occupe une place privilégiée⁶⁰¹. En effet, en tant qu'organe de représentation des citoyens doté de la plus grande légitimité démocratique, le Parlement se présente non seulement comme le premier destinataire des pétitions mais, de surcroît, se révèle en mesure, par l'intermédiaire des pétitions qui lui sont adressées, de proposer une résolution extrajudiciaire des litiges opposant une victime d'une violation de ses droits à une personne publique. Il s'agit d'« *une procédure plus informelle, plus simple, moins longue et moins coûteuse [...] parfois préférée à l'action judiciaire* »⁶⁰² et, de toute évidence, susceptible de s'inscrire en complémentarité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

213. Schématiquement, les pétitions adressées au Parlement sont dans un premier temps renvoyées devant une commission parlementaire pour faire l'objet d'une instruction⁶⁰³. Dans un second temps, la commission, si elle considère la pétition recevable, peut, entre autres, la soumettre à l'assemblée ou la renvoyer au ministre responsable du service concerné afin qu'il réponde au pétitionnaire. Cette dernière option, couramment choisie, peut conduire le ministre à ordonner une enquête et à adopter les mesures nécessaires pour mettre un terme à l'atteinte constatée. Sachant qu'en Espagne, lorsque la pétition est renvoyée au gouvernement, les chambres peuvent exiger de celui-ci qu'il s'explique sur son contenu⁶⁰⁴. En France, si le ministre n'a pas répondu dans un délai de trois mois à la pétition qui lui a été renvoyée par la commission, celle-ci peut décider de soumettre la pétition à la Chambre en séance publique⁶⁰⁵. Un rapport reproduisant le texte intégral est alors déposé sur le bureau de l'assemblée⁶⁰⁶. Généralement, la soumission de la pétition à l'assemblée « [...] vise à donner à une pétition un poids plus grand et une meilleure efficacité »⁶⁰⁷. C'est toutefois au Portugal que le droit de pétition s'avère le plus développé⁶⁰⁸. Tout d'abord, les pétitions signées par plus de 4.000 citoyens ou présentant un intérêt spécial sont automatiquement examinées en séance plénière⁶⁰⁹. Ensuite, l'Assemblée de la République dispose de pouvoirs particulièrement étendus pour mettre un terme à la violation d'un droit fondamental rapportée par une pétition. En effet, non seulement le rapport élaboré par la commission à l'origine de l'instruction de la pétition peut proposer toute mesure utile pour répondre à la demande des pétitionnaires, mais,

⁶⁰¹ A tel point que l'article 77 de la Constitution espagnole est expressément consacré aux pétitions adressées par les citoyens au Parlement.

⁶⁰² V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni, op. cit.*, p. 353.

⁶⁰³ En France, les pétitions adressées à l'Assemblée nationale sont renvoyées à la commission compétente parmi les commissions permanentes (art. 148-2 R.A.N.) et celles adressées au Sénat sont renvoyées à la commission des lois (art. 88-2 R.S.). En Espagne, les pétitions sont examinées par les commissions permanentes devant le Congrès des députés (art. 46-1.2 R.C.D.) et par la commission des pétitions devant le Sénat (art 193-1 R.S.). Au Portugal, les commissions permanentes sont compétentes pour connaître des pétitions adressées à l'Assemblée de la République (art. 35, e) R.A.R.).

⁶⁰⁴ Art. 77-2 de la Constitution espagnole.

⁶⁰⁵ Art. 148-5 R.A.S.

⁶⁰⁶ Art. 148-6 R.A.N. et art. 89 bis-1 R.S.

⁶⁰⁷ S. Dubourg-Lavroff, *op. cit.*, pp. 1759-1760.

⁶⁰⁸ Sur la procédure de pétition portugaise, le lecteur pourra utilement se référer à la loi du 10 août 1990 d'exercice du droit de pétition (loi n° 43-90, *D.R.* série I du 10 août 1990, p. 3304), telle que modifiée par les lois du 1^{er} mars 1993 (loi n° 6-93, *D.R.* série I du 1^{er} mars 1993, p. 867), du 4 juin 2003 (loi n° 15-2003, *D.R.* série I du 4 juin 2003, p. 3342) et du 24 août 2007 (loi n° 45/2007, *D.R.* série I du 24 août 2007, p. 5673).

⁶⁰⁹ C. Leston-Bandeira, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português, op. cit.*, p. 151.

en outre, l'examen de la pétition par l'assemblée plénière est susceptible de donner lieu à l'ouverture d'une enquête parlementaire ou au dépôt d'une proposition de loi⁶¹⁰. Plus largement, le Parlement est habilité à adopter des recommandations en vue d'assurer la correction de certaines situations d'injustice ou d'illégalité révélées par une pétition⁶¹¹. Par ailleurs, depuis 1993, la recommandation parlementaire peut prendre une forme plus définitive de résolution du litige par le biais d'une procédure de médiation. Cette procédure se traduit par la réunion du pétitionnaire et de l'entité visée par la pétition autour d'un représentant du Parlement avec pour finalité de trouver une solution au problème soulevé⁶¹².

214. En somme, le Parlement, par le biais des pétitions qui lui sont adressées, est en mesure de proposer une résolution des litiges relatifs aux droits et libertés selon des modalités sensiblement différentes de celles du juge. C'est là le signe d'une certaine complémentarité de la protection parlementaire et de la garantie juridictionnelle en matière de droits fondamentaux. A une résolution souple et amiable des litiges, d'un côté, s'oppose, d'un autre côté, une résolution plus formaliste et contraignante, caractérisée par le prononcé d'une sanction. Il en résulte un système de garantie relativement complet ne laissant *a priori* aucune place pour un ombudsman spécialisé. L'identification d'autorités administratives indépendantes sectorielles spécialisées dans la protection des droits fondamentaux conduit à douter définitivement de l'opportunité d'une telle institution.

§ 2. La protection d'autorités administratives indépendantes sectorielles

215. Inspirées du modèle anglo-saxon des *agencies*⁶¹³, les autorités administratives indépendantes voient officiellement le jour en France le 6 janvier 1978 avec la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) par le législateur⁶¹⁴. Suivie quelques mois plus tard par le Portugal, à l'occasion de la mise en place de la Commission nationale des élections⁶¹⁵, la France est finalement rejointe par l'Espagne le 22 avril 1980, lors de l'instauration du Conseil de la sécurité nucléaire⁶¹⁶. En outre, il convient de souligner que

⁶¹⁰ P. Gélard et J.-C. Peyronnet, *L'expérience des parlements nationaux au sein de l'Union européenne : une source d'inspiration pour la modernisation du Sénat. Les exemples luxembourgeois, belge, portugais, grec, tchèque, autrichien et slovaque*, *op. cit.*, p. 94.

⁶¹¹ C. Leston-Bandeira, *op. cit.*, p. 151.

⁶¹² *Ibid.*, p. 154.

⁶¹³ Les *independent regulatory agencies* sont apparues aux Etats-Unis à la fin du XIX^e siècle. Comme le souligne Michel Gentot, « la première d'entre elles est née en 1889 lorsque le Congrès conféra un statut d'autonomie à l'*Interstate Commerce Commission (I.C.C.)* qui avait été créée deux ans plus tôt au sein du Département de l'intérieur afin de réglementer les échanges commerciaux entre les Etats » (M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991, p. 21).

⁶¹⁴ Art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.* du 7 janvier 1978, p. 227. Toutefois, c'est seulement l'appellation qui apparaît car certaines autorités déjà existantes lors de la création de la CNIL, telles que le Médiateur de la République, seront par la suite qualifiées d'autorités administratives indépendantes sous l'intervention conjointe du juge (C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *Rec.* p. 302) et du législateur (loi n° 89-18 du 3 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social, *J.O.* du 14 janvier 1989, p. 542).

⁶¹⁵ Loi n° 71-78 du 27 décembre 1978 de création de la Commission nationale des élections, *D.R.* série I du 27 décembre 1978, p. 2745.

⁶¹⁶ Loi n° 15-1980 du 22 avril 1980 portant création du Conseil de sécurité nucléaire, *B.O.E.* du 25 avril 1980, p. 8967.

le succès de l'ombudsman spécialisé, en Espagne et au Portugal, a réveillé des appétits de mimétisme se traduisant par des tentatives successives de création d'*ombudsmen* sectoriels⁶¹⁷. Si la plupart des propositions de réformes en ce sens ont échoué⁶¹⁸, certaines d'entre elles ont toutefois abouti. De sorte que, parallèlement à l'apparition d'autorités administratives indépendantes, l'Espagne et le Portugal ont également vu se développer au sein de leur système juridique des *ombudmen* sectoriels⁶¹⁹, dont le statut se révèle largement calqué sur celui du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*.

216. S'inscrivant en réaction à la crise de légitimité affectant l'Etat depuis la fin des années soixante-dix⁶²⁰, « ces autorités ont en commun, selon une définition couramment admise [...], d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge »⁶²¹. En cela, elles se veulent une réponse adaptée au défaut d'impartialité et d'efficacité dont peut faire preuve le pouvoir politique et son administration dans certains domaines particulièrement sensibles, dont ceux touchant aux droits et libertés⁶²². En somme, les autorités administratives indépendantes constituent un nouveau mode de régulation justifié par « l'inadaptation des institutions et des modes d'intervention classiques »⁶²³. Reflétant les mutations de la structure administrative⁶²⁴, elles se distinguent très largement des formes traditionnelles de protection des droits et libertés. Dès lors, leur assimilation à la catégorie des mécanismes classiques de garantie ne manque pas de surprendre. En réalité, cette assimilation est commandée, en France du moins, par le rapport temporel entretenu entre ces autorités et la nouvelle institution du Défenseur des droits. A savoir que si les autorités administratives indépendantes constituent un phénomène relativement nouveau, certaines d'entre-elles se révèlent antérieures au Défenseur des droits de près d'une quarantaine d'années. Aussi peuvent-elles être appréhendées, dans le cadre de cette étude et au sein du système juridique français,

⁶¹⁷ En ce sens, v. H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio », in *O Provedor de Justiça, Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, Lisboa, 2006, p. 8 ; F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, pp. 23-25.

⁶¹⁸ Sur ce point, v. par ex. : F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », in *O Cidadão o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes, op. cit.*, pp. 22 et ss.

⁶¹⁹ Sur cette question, v. not. : *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes, op. cit.* ; A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías, op. cit.*, p. 116.

⁶²⁰ A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de derecho*, tecnos, Madrid, 1994, p. 243 ; M. Collet, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ? », *Regards sur l'actualité*, La Doc. fr., Paris, 2007, n° 330, p. 5.

⁶²¹ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, La Doc. fr., coll. Etudes et documents, Paris, 2001, p. 257. Dans un sens similaire, v. V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes, op. cit.*, p. 94.

⁶²² En ce sens, v. : A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de derecho, op. cit.*, pp. 212 et ss. ; G. Carcassonne, « Libertés : Une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009, p. 5 ; M. Collet, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ? », *op. cit.*, p. 7 ; M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., Paris, 1991, p. 7 ; C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 275-277.

⁶²³ M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 40.

⁶²⁴ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP. G*, 1986, I, 3254.

comme des mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux. En revanche, rien de tel en Espagne et au Portugal où les autorités indépendantes et les *ombudsmen* sectoriels se sont développés plusieurs années après la mise en place du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*⁶²⁵.

217. Ceci étant, il convient de constater que la présence de telles institutions, chargées d'assurer, « *en dehors du cadre administratif traditionnel et avec des garanties d'indépendance, des fonctions de médiation et de protection des droits fondamentaux* »⁶²⁶, ne va pas sans accentuer les interrogations quant à la nécessité contemporaine d'un *human rights ombudsman*, et ce aussi bien en France que de l'autre côté des Pyrénées. En France, l'existence d'un corpus d'autorités indépendantes sectorielles préexistant au Défenseur des droits conduit naturellement à douter de la pertinence du choix opéré par le constituant français de recourir à un ombudsman spécialisé. Sur la péninsule ibérique, également, il est légitime de se demander si l'apparition d'autorités indépendantes et d'*ombudsmen* sectoriels, postérieurement à la mise en place du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, n'est pas le signe d'une remise en cause de l'utilité de l'*human rights ombudsman*. Jouissant pour certaines d'une valeur constitutionnelle⁶²⁷, ces autorités sont peut être une formule plus adaptée qu'une institution à compétence générale. En tant qu'elle embrasse, en France à tout le moins, un nombre relativement important de droits et libertés (A), la protection offerte par un corpus d'autorités indépendantes sectorielles repose, en effet, sur des modalités de fonctionnement et d'intervention sensiblement identiques à celles d'un ombudsman spécialisé (B). A tel point que certains parlementaires n'ont pas hésité à qualifier le Défenseur des droits de « *gadget constitutionnel* »⁶²⁸ ou, encore, d'« *anomalie supplémentaire du magasin de farces et attrapes du gouvernement* »⁶²⁹.

⁶²⁵ Si les premières autorités administratives indépendantes apparaissent dès la fin des années 1970 sur la péninsule ibérique (c'est par exemple le cas de Commission nationale des élections mise en place par le législateur portugais en 1978), c'est surtout au début des années 1990, à l'occasion de la deuxième vague de développement de ces autorités, que des institutions administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux, telles que l'Agence de protection des données en Espagne (Ley Organica n° 5/1992 du 29 octobre, *B.O.E.* du 31 octobre 1992, p. 37037) ou la Commission nationale de l'objection de conscience au Portugal (loi n° 7-92 du 12 mai, *D.R.* série I du 12 mai 1992, p. 2178), sont mises en place, soit environ quinze ans après l'introduction de l'institution de l'ombudsman.

⁶²⁶ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 404 fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, tome I, 2006-2007, p. 28.

⁶²⁷ C'est le cas au Portugal où, indépendamment du fait que l'article 267-3 de la Constitution portugaise prévoit, depuis la révision constitutionnelle du 20 septembre 1997 (Loi constitutionnelle n° 1-97, *op. cit.*), que le législateur peut créer des organismes administratifs indépendants, le constituant a lui-même consacré l'existence de deux autorités indépendantes au sein du texte constitutionnel : une première, à l'article 35-2, en charge de la protection des citoyens en matière de données personnelles, une seconde, à l'article 39, chargée des questions intéressant la communication sociale (sur ces questions, v. V. Moreira, « *As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça* », *op. cit.*, p. 106).

⁶²⁸ J.-P. Brard, cité par C. Teitgen-colly, « *Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel* », *Petites affiches*, 2008, n° 254, p. 125.

⁶²⁹ F. Goulard, cité par C. Teitgen-colly, *op. cit.*, p. 125.

A. Un domaine d'intervention embrassant un grand nombre de droits et libertés

218. Traduction juridique⁶³⁰ de la crise de l'Etat providence⁶³¹, les autorités indépendantes et les *ombudsmen* sectoriels, depuis leur apparition dans les années soixante-dix, n'ont cessé de se multiplier⁶³². L'affirmation se veut particulièrement vraie en France où le rapport présenté en 2006 par le sénateur Patrice Gélard à l'office parlementaire d'évaluation de la législation recense pas moins de trente-neuf autorités⁶³³. Elle vaut également pour la péninsule ibérique, même si de telles institutions se révèlent largement moins nombreuses qu'en France. Ainsi, au Portugal, José Lucas Cardoso comptabilise, à travers sa thèse intitulée *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, 7 autorités administratives indépendantes⁶³⁴, auxquelles viennent s'ajouter un *Provedor* des auditeurs et des téléspectateurs des services publics de radio et de télévision⁶³⁵ et, à l'origine, un Défenseur du contribuable, créé par un décret-loi du 3 septembre 1996⁶³⁶ et finalement supprimé par un décret-loi du 30 décembre 2002⁶³⁷. En Espagne, le nombre d'autorités indépendantes s'élève actuellement à 6⁶³⁸. Quant aux *ombudsmen* sectoriels, leur nombre exact apparaît, en revanche, plus délicat à déterminer dès lors que la plupart d'entre-eux se trouvent seulement consacrés à l'échelle locale. C'est par exemple le cas du Défenseur des mineurs, initialement institué par la seule Communauté autonome de Madrid⁶³⁹, puis réceptionné, par la suite, par d'autres communautés autonomes, telles que la Catalogne⁶⁴⁰.

219. Intervenant dans des domaines divers et variés, ces différentes autorités, de par leur caractère hétérogène⁶⁴¹, suscitent des débats passionnés parmi les juristes dont le goût

⁶³⁰ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

⁶³¹ P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat providence*, Editions du Seuil, Paris, 1981.

⁶³² Sur ce constat, v. par ex. : J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », in *O Provedor de Justiça, Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, *op. cit.*, p. 62.

⁶³³ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 35.

⁶³⁴ J.L. Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Contributo para a estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra Editora, 2002, pp. 245 et ss.

⁶³⁵ Loi n° 2-2006 du 14 février 2006 créant le *Provedor* des auditeurs et des téléspectateurs des services publics de radio et de télévision, *D.R. série I* du 14 février 2006, p. 1150.

⁶³⁶ Décret-loi n° 158-96 du 3 septembre 1996 approuvant la loi organique du ministère des finances (*D.R. série I* du 3 septembre 1996, p. 2902), modifié par le décret-loi n° 205-97 du 12 août 1997 régulant le statut juridique du Défenseur du contribuable, *D.R. série I* du 12 août 1997, p. 4171.

⁶³⁷ Décret-loi n° 320-A/2002 du 30 décembre 2002 régulant l'extinction du Défenseur du contribuable, *D.R. série I* du 30 décembre 2002, p. 8186.

⁶³⁸ Il s'agit du Conseil de la sécurité nucléaire, de la Commission nationale du Marché des valeurs, de l'Agence de protection des données, de la Banque de l'Espagne, Commission nationale du marché des télécommunications et de la Commission nationale de l'énergie (sur ce point, v. A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, pp. 97 et ss. ; « L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », in C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 416).

⁶³⁹ En ce sens, v. A. Rovira Viñas, « Introducción », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁴⁰ Défenseur des mineurs d'Andalousie créé par la loi du 12 mai 1998, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* n° 53.

⁶⁴¹ J.-L. Autin, « La rationalisation du système des AAI », in *Les autorités administratives indépendantes*, Regards sur l'actualité, *op. cit.*, p. 31.

prononcé pour la systématique⁶⁴² les conduit à opérer des classifications en fonction de la mission poursuivie par chaque autorité. Parmi les différentes classifications proposées, la *summa divisio* entre les autorités de régulation des activités économiques et les autorités de défense des droits fondamentaux semble la plus communément admise⁶⁴³. Mais elle est également la plus souvent remise en cause. Elle serait, selon les termes mêmes du Rapport public du Conseil d'Etat pour l'année 2001, « une présentation réductrice, [aboutissant] à des regroupements factices »⁶⁴⁴. Aussi le professeur Jean-Louis Autin considère-t-il que « l'action de toutes les AAI est susceptible d'intéresser, à un titre ou à un autre, les différentes libertés publiques » et, qu'en conséquence, doit être « écarté d'emblée le courant doctrinal qui tend à diviser les AAI suivant qu'elles protègent les libertés ou ont en charge de favoriser l'économie d'un secteur »⁶⁴⁵.

220. Séduisante en raison de sa simplicité, cette approche fonctionnelle des autorités administratives indépendantes se révèle, dans un certain sens, exacte. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que la plupart des autorités de régulation des activités économiques, telles que l'Autorité de la concurrence française ou la Commission nationale du marché des valeurs espagnole, contribuent à une protection active des grandes libertés économiques. La mesure semble toutefois de mise en la matière car, s'il est effectivement envisageable d'affirmer que l'ensemble des autorités administratives indépendantes participent, de près ou de loin, à la sauvegarde des droits fondamentaux, il n'en demeure pas moins évident que certaines d'entre-elles ont une fonction plus directement orientée en ce sens. C'est par exemple le cas, en France, de la CNIL, en Espagne, de l'Agence de protection des données, au Portugal, de la Commission nationale de l'objection de conscience dont la mission de garantie des droits de la personne humaine ne fait aucun doute.

221. En revanche, cette mission se révèle beaucoup plus ténue, même si elle n'est pas inexistante, s'agissant d'une institution comme le Médiateur de la République français. En effet, bien que la pratique institutionnelle conduise le Médiateur à protéger indirectement les droits et libertés des individus, *via* la résolution des hypothèses de « maladministration »⁶⁴⁶, à aucun moment la loi du 3 janvier 1973 ne lui attribue explicitement une mission en ce sens⁶⁴⁷, sa fonction principale consistant à faire office de « porte-parole des intérêts des particuliers »⁶⁴⁸ en vue de remédier à des « tracasseries administratives »⁶⁴⁹. Partant, une

⁶⁴² V. en ce sens, J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99.

⁶⁴³ A. Betancor Rodríguez, « L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », *op. cit.*, p. 416 ; P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 42 ; G. Maitre, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », in *Les autorités administratives indépendantes*, Regards sur l'actualité, *op. cit.*, pp. 18-19 ; V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 105.

⁶⁴⁴ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 307.

⁶⁴⁵ J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 300, 01 mai 2009.

⁶⁴⁶ Hypothèses de maladministration qui, selon le professeur Bénédicte Delaunay, constituent le fondement de l'intervention du Médiateur de la République (*Le Médiateur de la République*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1999, p. 64).

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁴⁸ A.-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, *op. cit.*, p. 324.

hiérarchisation des différentes autorités indépendantes est susceptible d'être établie en fonction de leur degré de participation à la protection des libertés fondamentales. Mais, quoi qu'il en soit, le système de garantie offert par ce corpus d'autorités couvre, du moins en France et tel qu'il existait avant la mise en place du Défenseur des droits⁶⁵⁰, un large panel de droits et libertés. A cet égard, il est possible d'opérer une distinction entre les autorités spécialisées dans la protection d'une liberté fondamentale et les autorités spécialisées dans la protection d'une catégorie de bénéficiaires des droits fondamentaux.

222. Les autorités spécialisées dans la protection d'une liberté se révèlent de loin les plus nombreuses. Sans prétendre à leur recensement exhaustif, il est tout d'abord possible de faire mention des instances chargées de protéger la liberté individuelle et le droit à l'intimité de la vie privée. En France, c'est évidemment le cas de la CNIL, mais également de la Commission nationale des interceptions de sécurité, laquelle peut recommander au Premier ministre de mettre fin à toute écoute téléphonique dès lors qu'elle estime qu'elle est abusive⁶⁵¹. Sur la péninsule ibérique, il s'agit de l'Agence espagnole de protection des données⁶⁵² et de la Commission nationale portugaise de protection des données⁶⁵³. Ensuite, un certain nombre d'institutions en charge de la transparence administrative, telles que la Commission d'accès aux documents administratifs, présente en France⁶⁵⁴ et au Portugal⁶⁵⁵, permettent d'assurer l'effectivité du droit à l'information. D'autres autorités, à l'image de la Commission nationale de déontologie de la sécurité française (CNDS), créée par la loi du 6 juin 2000, contribuent activement à la préservation de la sûreté et de la sécurité des individus, en veillant « *au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* »⁶⁵⁶. En France, toujours, la Commission des sondages, la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse et le Conseil supérieur de l'audiovisuel sont autant d'autorités indépendantes garantissant la pluralité des opinions. Elles se rapprochent, en cela, de l'Entité de régulation de la communication sociale portugaise dont la mission est d'assurer la protection des droits fondamentaux à l'information et à la liberté de presse⁶⁵⁷. Pour finir, l'Entité de régulation de la santé portugaise et la Haute autorité de la santé

⁶⁴⁹ C.N.C.D.H. Ass plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, p. 2.

⁶⁵⁰ La loi organique relative au Défenseur des droits, en date du 29 mars 2011, a effectivement procédé à une reconfiguration sensible du système institutionnel des autorités administratives indépendantes caractérisée par l'intégration de certaines de ces autorités dans le giron du Défenseur des droits (v. *infra*, n° 497).

⁶⁵¹ Art. 15 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, *J.O.* du 13 juillet 1991, p. 9169.

⁶⁵² Loi organique n° 5-1992 du 29 octobre 1992 relative à la régulation du traitement automatisé des données à caractère personnel (*B.O.E.* du 31 octobre 1992, p. 37037) modifiée par la loi organique n° 15-1999 du 13 décembre 1999 de protection des données à caractère personnel (*B.O.E.* du 14 décembre 1999, p. 43088).

⁶⁵³ Loi n° 10-91 du 29 avril 1991 approuvant la loi de protection des données personnelles en matière informatique et créant la Commission nationale de protection des données personnelles informatisées, *D.R.* Série I du 29 avril 1991, p. 2366.

⁶⁵⁴ Chap. III de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *J.O.* du 18 juillet 1978, p. 2851.

⁶⁵⁵ Loi n° 65-93 du 26 août 1993 sur l'accès aux documents administratifs, *D.R.* Série I du 26 août 1993, p. 4524.

⁶⁵⁶ Art. 1^{er} de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité *J.O.* du 7 juin 2000, p. 8562.

⁶⁵⁷ Loi n° 53-2005 du 8 novembre 2005 portant création de l'ERC – Entité de régulation de la communication sociale se substituant à la Haute autorité de la communication sociale, *D.R.* Série I du 8 novembre 2005, p. 6396.

française permettent « *de contribuer au maintien d'un système de santé solidaire et au renforcement de la qualité des soins au profit des patients* »⁶⁵⁸, tandis que le Conseil de la sécurité nucléaire espagnol procède d'une volonté de préservation du droit à la protection de la santé, de l'intégrité physique et d'un environnement adapté au développement de la personne⁶⁵⁹.

223. Les autorités spécialisées dans la protection d'une catégorie de bénéficiaires des droits fondamentaux s'avèrent largement moins nombreuses. En France, il s'agit du Défenseur des enfants, « *chargé de défendre et promouvoir les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international* »⁶⁶⁰, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), habilitée à connaître de toute forme de discrimination⁶⁶¹, et du Contrôleur général des lieux privatifs de libertés (CGLPL), dont la mission consiste à « *contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux* »⁶⁶². En Espagne, c'est essentiellement le cas du Défenseur des mineurs, déjà évoqué, du Défenseur du contribuable, institué, notamment, par la Communauté autonome de Madrid⁶⁶³ et du Défenseur du patient⁶⁶⁴. Quant au Portugal, il semble que la seule institution trouvant sa place dans cette catégorie soit le Défenseur du contribuable, finalement supprimé, on l'a vu, en 2002. Moins nombreuses, ces autorités n'en restent pas moins essentielles dans la mesure où leur fonction consiste, en règle générale, à assurer le respect des droits et libertés de personnes particulièrement vulnérables.

224. En définitive, et comme a pu le souligner la Commission nationale consultative des droits de l'homme à propos de la France, il résulte de ce corpus d'autorités administratives indépendantes un système de protection des droits des citoyens atypique caractérisé par « *la pluralité des instances de protection que l'on a voulu spécialisées pour certains lieux et dont les fonctions varient afin qu'elles répondent au mieux aux besoins de protection des droits de l'homme, sur l'ensemble du territoire [...]* »⁶⁶⁵. Or, les modalités d'intervention de ces différentes autorités se révèlent relativement proches de celles d'un ombudsman.

⁶⁵⁸ J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

⁶⁵⁹ En ce sens, v. not. : A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 108 ; J.L. Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Contributo para a estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, *op. cit.*, p.171.

⁶⁶⁰ Art. 1^{er} de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *J.O.* du 7 mars 2000, p. 3536.

⁶⁶¹ Art. 1^{er} de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *J.O.* du 31 décembre 2004, p. 22567.

⁶⁶² Art. 1^{er} de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *J.O.* du 31 octobre 2007, p. 17891.

⁶⁶³ Décret n° 22-1999 du 11 février 1999 portant création du Défenseur du contribuable de la Communauté de Madrid (*B.O.C.M.* du 18 de febrero de 1999), modifié par le décret n° 347-1999 du 30 décembre 1999, *B.O.C.M.* du 10 juin 2000.

⁶⁶⁴ En ce sens, v. F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁶⁵ C.N.C.D.H., *Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens »*. (Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la 5^{ème} République), 20 mai 2008, p. 3.

B. Des modalités d'intervention similaires à celles d'un ombudsman spécialisé

225. « *Tel un oxymore juridique* »⁶⁶⁶, les autorités administratives indépendantes présentent la spécificité d'appartenir à l'appareil administratif étatique tout en bénéficiant d'une véritable indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Caractérisée par l'absence de tutelle ou de pouvoir hiérarchique à leur égard, cette indépendance organique, permettant de mener dans les secteurs concernés une action soustraite aux influences du pouvoir politique⁶⁶⁷, se trouve renforcée à l'échelle fonctionnelle par l'adéquation des moyens de chaque autorité à ses missions. Ces moyens, proches de ceux d'un ombudsman⁶⁶⁸, favorisent une protection des droits et libertés imprégnée de souplesse, principalement animée par une volonté de « *direction juridique non autoritaire des conduites* »⁶⁶⁹.

226. Certes, certaines autorités indépendantes disposent de pouvoirs de réglementation et de sanction dont le caractère contraignant détonne considérablement par rapport à ceux d'un ombudsman. Néanmoins, il faut bien reconnaître que de tels pouvoirs, loin de concerner la majorité des autorités administratives indépendantes, s'amenuisent à mesure que ces autorités se voient confier une fonction expressément orientée vers la protection des droits fondamentaux. En effet, à l'exception des organes intervenant dans un domaine où sont utilisées des technologies particulières⁶⁷⁰, tels que le Conseil supérieur de l'audiovisuel français ou la Commission de protection des données portugaise, les pouvoirs réglementaire et de sanction concernent à titre principal les autorités de régulation de l'économie de marché. De surcroît, ces prérogatives se révèlent strictement encadrées. En témoigne la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question. La juridiction constitutionnelle française a non seulement précisé que le pouvoir réglementaire est un pouvoir spécial, subordonné à celui du gouvernement et limité tant dans son champ d'application que dans son contenu⁶⁷¹, mais, en outre, que le pouvoir de sanction n'est reconnu que « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de leur mission* » et, de plus, que « *la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté* »⁶⁷². Aussi est-ce principalement la souplesse et l'informalité qui caractérisent l'intervention des autorités indépendantes dans le domaine des libertés fondamentales⁶⁷³.

227. Concrètement, cette intervention est susceptible de s'exprimer de façons diverses et variées. Elle peut prendre la forme de simples avis, de recommandations, en droit comme en

⁶⁶⁶ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 22.

⁶⁶⁷ M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 24.

⁶⁶⁸ Cette identité se veut particulièrement marquée au Portugal s'agissant des Provedores sectoriels (en ce sens, v. J. Miranda, « O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função? », in *O Cidadão o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, op. cit., p. 48.

⁶⁶⁹ P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, p. 275.

⁶⁷⁰ P. Gélard, op. cit., p. 53.

⁶⁷¹ Cons. const., décision 86-217 DC du 19 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141, *J.O.* du 19 septembre 1986, p. 11294 ; Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, op. cit.

⁶⁷² Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, op. cit. ; Cons. const., décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec. p. 71, *J.O.* du 1^{er} août 1989, p. 9676.

⁶⁷³ M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 20.

équité, ou de propositions de réformes en matière législative et réglementaire. Le recours à la médiation, défini par le professeur Michèle Guillaume-Hofnung « *comme un processus de communication éthique [...] dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif [...] – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* »⁶⁷⁴, est également caractéristique du mode d'action des autorités administratives indépendantes. La mise en œuvre de ces prérogatives est d'autant plus aisée que la plupart des autorités disposent de la capacité de s'autosaisir. En France, par ailleurs, les autorités indépendantes, par le biais de cette capacité d'autosaisine, qui s'est progressivement démocratisée, notamment sous l'impulsion du Conseil d'Etat⁶⁷⁵, « *ont pris l'habitude d'émettre des observations ou des déclarations solennelles [...], portant sur des faits ponctuels ou des dossiers généraux [...], livrées aux pouvoirs publics et à l'opinion en temps réel pour donner le plus grand écho possible à la prise de décision* »⁶⁷⁶. C'est ainsi qu'en 2009 la CNIL a pointé du doigt les dangers du Système de traitement des infractions constatées, dont seules 17 % des fiches des personnes mises en causes seraient exactes. De même, la CNDS, à l'occasion de son rapport pour l'année 2007, a dénoncé les cas d'utilisation systématique des menottes, d'usage disproportionné des armes de service, des fouilles à corps injustifiées et de violence illégitimes⁶⁷⁷.

228. Et si les différents pouvoirs dont disposent les autorités administratives indépendantes varient sensiblement d'une institution à l'autre⁶⁷⁸, l'objectif poursuivi est toujours le même : protéger les droits et libertés des individus en poussant l'administration, ou tout autre personne publique ou privée entrant dans leur domaine de compétence, à modifier sa ligne de conduite par le recours exclusif à l'incitation. En somme une protection essentiellement fondée sur ce qu'il est convenu d'appeler la magistrature d'influence. Reposant sur une relation excluant la contrainte⁶⁷⁹, cette magistrature d'influence, partagée par l'ensemble des autorités indépendantes⁶⁸⁰, « *tient d'une part à leur "pouvoir juridique de savoir", qui leur permet d'obtenir des informations des administrations et des professionnels, et d'autre part à leur "pouvoir de faire savoir", au moyen de leur rapport annuel et de leurs initiatives en matière de communication* »⁶⁸¹. En cela, les autorités administratives indépendantes se

⁶⁷⁴ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, op. cit., p. 70.

⁶⁷⁵ Voir en ce sens les conclusions du Commissaire du gouvernement Alain Seban sur l'arrêt *Didier* à travers lesquelles ce dernier considère que « *la possibilité d'auto-saisine est l'un des principes constitutifs du droit des autorités administratives indépendantes [...]* » (« Concl. sur C.E. Ass., 3 décembre 1999, *Didier* », *R.F.D.A.*, 2000, p. 592).

⁶⁷⁶ J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », op. cit.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 308.

⁶⁷⁹ Ph. Braud, *Sociologie politique*, op. cit., p. 106.

⁶⁸⁰ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 52. Pour une approche opposée, v. Ch. Carpentier, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *R.I.E.J.*, 1993, n° 30, pp. 161 et ss. (L'auteur considère que les autorités administratives indépendantes « *n'usent de la magistrature d'influence que pour se légitimer* » et, qu'en réalité, leurs réelles prérogatives sont incompatibles avec une simple magistrature d'influence).

⁶⁸¹ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 52.

rapprochent de l'ombudsman, lequel s'appuie sur sa force de persuasion pour mener à bien sa mission de surveillance de l'activité des pouvoirs publics⁶⁸².

229. Elles s'en rapprochent d'autant plus que les similitudes entre ces deux catégories d'institutions se poursuivent, logiquement, du point de vue des rapports entretenus avec le juge. Se distinguant très largement des juridictions, étant donné que leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée⁶⁸³, les autorités administratives indépendantes, eu égard à leur mode d'intervention particulièrement souple, jouent effectivement un rôle de régulation para ou pré-juridique⁶⁸⁴ s'inscrivant dans une dynamique de complémentarité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux⁶⁸⁵. Elles s'attachent non seulement à prévenir les atteintes portées aux droits et libertés, mais également à détecter les irrégularités et abus en vue d'y mettre un terme et assurer un prompt retour à la légalité. En outre, elles se positionnent en collaboratrices privilégiées des organes juridictionnels. Les juridictions peuvent les consulter dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et ces dernières sont habilitées à saisir le juge en cas de manquement aux droits fondamentaux. C'est par exemple le cas, en France, de la HALDE qui peut saisir le parquet dès l'instant où elle a connaissance de discriminations au sens pénal du terme.

230. Au regard d'un tel constat, de nombreuses voix se sont élevées sur les bancs des hémicycles parlementaires français contre la mise en place d'un Défenseur des droits. En atteste le dépôt de deux amendements de suppression de l'article 31 du Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, portant création du Défenseur des droits, à l'occasion du débat constituant devant l'Assemblée nationale⁶⁸⁶. Les arguments avancés à l'appui de ces amendements résident précisément dans l'existence d'institutions aux compétences similaires à celles du Défenseur des droits et ayant fait preuve d'efficacité. En somme, pour bon nombre d'observateurs, le système de protection non juridictionnel des droits et libertés français tel que formé par les autorités administratives indépendantes se suffirait à lui-même, anihilant par la même toute nécessité d'une institution équivalente au modèle ibérique de l'ombudsman.

231. Conclusion du Chapitre 1. En définitive, la justification contemporaine de l'ombudsman spécialisé à l'aune de l'insuffisance des mécanismes traditionnels de garantie des droits fondamentaux ne laisse pas d'étonner. Tandis que le juge se présente comme le gardien privilégié des droits fondamentaux, sans lequel ces derniers ne sauraient

⁶⁸² V. *infra*, n° 708 et ss.

⁶⁸³ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.* ; J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », *op. cit.*, p. 493.

⁶⁸⁴ J.-L. Autin, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 337. Pour une approche approfondie de la fonction de régulation des autorités administratives indépendantes, le lecteur pourra utilement se référer à S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit*. *A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, coll. Recherches juridiques, Paris, 2012, pp. 238 et ss.

⁶⁸⁵ J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1215 ; B. Stirn, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *A.J.D.A.*, 1990, p. 593.

⁶⁸⁶ Amendement n° 452 du 19 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr] et amendement n° 463 du 19 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

véritablement exister, la protection des droits et libertés se trouve renforcée par la présence de mécanismes non juridictionnels classiques dont les modalités d'interventions se révèlent complémentaires de l'action du juge. La France, en particulier, a su développer, dès les années soixante-dix, un système extrajudiciaire de garantie des droits de la personne humaine caractérisé par un corpus d'autorités administratives indépendantes à l'origine d'une protection sensiblement identique à celle d'un ombudsman. Ce faisant, si l'on comprend le besoin initialement ressenti par l'Espagne et le Portugal de recourir à l'ombudsman afin de faciliter le processus de transition démocratique et l'ancrage de l'Etat de droit à la sortie d'une longue période de dictature, la nécessité actuelle d'une telle institution suscite l'interrogation, dans la mesure où le système institutionnel de garantie des droits fondamentaux se révèle relativement complet. Pour tout dire, il serait même assez tentant de donner raison aux détracteurs de cette institution, selon lesquels la véritable protection des droits et libertés est exercée toute entière par le juge, et de ne pas poursuivre l'analyse plus avant, tant la présence d'un ombudsman spécialisé au sein de nos régimes démocratiques contemporains semble frappée d'inanité. Toutefois, il faut se rendre à l'évidence, le système institutionnel classique de garantie, tel qu'il vient d'être présenté, est loin d'être aussi parfait qu'il n'y paraît.

Chapitre 2 – Une insuffisance pourtant avérée

232. Indispensables, les mécanismes classiques de garantie n'en demeurent pas moins affectés d'un certain nombre d'insuffisances conduisant à relativiser le caractère *a priori* complet du système institutionnel de protection des droits fondamentaux. Déjà pointée du doigt sur la péninsule ibérique à l'occasion des débats constitutants relatifs au Défenseur du Peuple et au *Provedor de justiça*, cette insuffisance des mécanismes classiques de garantie se présente, à l'heure actuelle, comme la principale justification du recours à un *human rights ombudsman*.

233. Ainsi, en France, la proposition n° 76 du Comité Balladur, relative à l'institution d'un Défenseur des droits, on l'a vu, procède du constat que la Constitution de 1958 n'offre pas de garanties suffisantes en matière de protection des droits et libertés. L'objectif clairement affiché étant de donner « *une traduction effective aux droits fondamentaux des citoyens en leur ouvrant des voies nouvelles pour les faire valoir* »⁶⁸⁷.

234. De même, en Espagne et au Portugal, le maintien du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, une fois la transition démocratique achevée, est expliqué par la doctrine la plus autorisée au regard des lacunes affectant les voies de recours traditionnellement aménagées pour la protection des droits et libertés⁶⁸⁸. A savoir que, si les mécanismes classiques de garantie sont progressivement parvenus à se débarrasser de leur image contaminée, héritée de leur collaboration avec les régimes autoritaires salazariste et franquiste, et à jouer leur rôle de gardien des droits des individus, la protection qu'ils offrent ne saurait répondre à l'ensemble des besoins des libertés fondamentales.

235. De sorte que, malgré la différence de contexte présidant la mise en place d'un *human rights ombudsman* en France et de l'autre côté des Pyrénées, c'est bien un facteur commun qui justifie la nécessité contemporaine d'une telle institution au sein de nos systèmes juridiques. Et, de toute évidence, il faut bien reconnaître que la protection offerte par les traditionnelles voies de recours est loin d'être aussi exemplaire qu'une première approche peut le laisser penser. Tandis que l'image du juge gardien privilégié des droits fondamentaux se trouve sujet à caution (Section 1), le relais des mécanismes non juridictionnels s'avère, en réalité, fortement limité (Section 2). Il en résulte des zones grises au sein du système institutionnel de protection des droits et libertés propices à la mise en place d'un ombudsman spécialisé⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, op. cit., p. 85.

⁶⁸⁸ En ce sens, v. *supra*, n° 67.

⁶⁸⁹ Sur ce point, v. : C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2007, p. 175 ; A. la Pégola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *R.E.P.*, 1979, n° 7, p. 75.

Section 1 – Le juge, gardien privilégié des droits fondamentaux sujet à caution

236. Magnifié par la doctrine, le juge, tel qu'il a été souligné, est classiquement présenté comme l'institution la mieux armée pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux. Or, de cette croyance exacerbée dans la figure du juge, il en découle, trop souvent, une tendance à l'abstraction des lacunes affectant cette forme de protection. Car, bien que consubstantielle à la réalisation de l'Etat de droit, la garantie juridictionnelle, eu égard, notamment, à la rigidité et au formalisme qui la caractérise, ne permet pas toujours d'assurer une protection optimale des droits fondamentaux. Evidemment, bon nombre de faiblesses et d'insuffisances touchant les mécanismes juridictionnels de protection ont été gommées ces dernières années. Il n'empêche que certaines d'entre elles, d'ordre conjoncturel ou structurel, perdurent, ce qui ne va pas sans entraver l'action du juge dans le domaine des droits de la personne humaine. Principalement trois éléments permettent d'illustrer le propos. En premier lieu, des facteurs divers et variés empêchent l'accès des bénéficiaires des droits fondamentaux au prétoire du juge, si bien que le contrôle juridictionnel ne peut s'exercer (§ 1). En deuxième lieu, lorsqu'un tel contrôle trouve à s'exercer, il convient de reconnaître que, dans bien des hypothèses, son efficacité demeure quelque peu relative (§ 2). En troisième et dernier lieu, le juge, malgré son attachement évident aux droits de la personne humaine, développe parfois une jurisprudence à l'origine d'importantes régressions en cette matière (§ 3).

§ 1. L'accessibilité entravée au prétoire du juge

237. « *La possibilité pour le citoyen de trouver un juge est la première des libertés parce qu'elle est la garantie de toutes les autres* »⁶⁹⁰. Condition préalable à l'intervention du juge, l'accès à la justice se présente effectivement comme un élément déterminant de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. La France et les pays ibériques, en consacrant le droit d'accéder librement à un tribunal, l'ont bien compris. Toujours est-il que cette seule consécration ne saurait suffire à en assurer l'effectivité. Bien souvent, l'accès au prétoire du juge se trouve entravé et la protection des droits fondamentaux ne peut avoir lieu. Alors que des facteurs dissuasifs conduisent, tant les particuliers que les autorités politiques de saisine de la Cour constitutionnelle⁶⁹¹, à renoncer à l'exercice de leur droit au recours (A), il arrive que le juge refuse d'opérer son contrôle, soit en raison de l'expiration des délais de recevabilité du recours (B), soit en raison du caractère inattaquable de l'acte à l'origine de la violation alléguée (C). Dans ces trois hypothèses, le contrôle n'a pas lieu et l'atteinte portée aux droits fondamentaux demeure exempte de toute sanction. A cela s'ajoute l'exclusion de certaines catégories de droits, notamment les droits-créances, des voies de recours spécialisées dans la protection des libertés fondamentales (D).

⁶⁹⁰ J. Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », E.D.C.E., 1949, p. 43.

⁶⁹¹ Il n'est pas inconnu que des considérations politiques peuvent conduire les autorités politiques de saisine, en particulier les parlementaires, à se mettre d'accord pour ne pas saisir le juge de la constitutionnalité des lois. Toutefois, cet aspect du phénomène de renonciation au recours sera étudié à l'occasion des développements relatifs aux limites de la protection politico-parlementaire des droits fondamentaux dans la mesure où il traduit tout autant, si ce n'est plus, l'insuffisance d'un tel mécanisme de garantie que l'insuffisance de la garantie juridictionnelle (v. *infra*, n° 413-416 et 867).

A. L'existence de facteurs dissuasifs d'exercice du droit au recours

238. Malgré une augmentation sensible du contentieux ces dernières années, conséquence directe de « *la pulvérisation du droit en droits subjectifs* »⁶⁹², la faculté offerte au particulier de s'adresser directement au juge en vue de revendiquer l'effectivité de ses droits fondamentaux n'est pas systématiquement exercée. Tandis que le justiciable n'a pas nécessairement connaissance des voies de recours s'offrant à lui, dans bien des hypothèses, celui-ci renonce à s'adresser au juge, tant ordinaire que constitutionnel, pour faire valoir ses droits. Or, « *la machine jugeante [étant] inerte de sa nature* »⁶⁹³, une telle abstention réduit à néant la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux⁶⁹⁴.

239. De prime abord, l'absence de culture du procès au sein des pays d'Europe continentale, à la différence de nos voisins outre-Atlantique⁶⁹⁵, semble susceptible d'expliquer ce phénomène de renonciation au recours. En ce sens que, en dépit d'une américanisation, au demeurant relative, du droit européen⁶⁹⁶ et d'une « *judiciarisation des rapports sociaux* »⁶⁹⁷ sur le continent de la vieille Europe, la société européenne ne devient pas, à l'instar de la société américaine, une société contentieuse⁶⁹⁸. Reste que ce seul facteur culturel ne saurait suffire à expliquer cette tendance du justiciable à renoncer à son droit au recours. Davantage subie que choisie, cette renonciation résulte bien souvent de facteurs matériels ou psychologiques dissuasifs. Communs à la France et à la péninsule ibérique, ces facteurs tiennent, tout d'abord, à la position sociale du justiciable (1), ensuite, à la perception négative du procès dans l'imaginaire collectif (2), enfin, au délai de jugement des recours (3).

1. La position sociale de l'individu ne lui permet pas de s'adresser au juge : l'illusion de l'égal accès à la justice

240. Selon le sociologue français Pierre Bourdieu, les positions des agents dans l'espace social sont à la fois déterminées par le volume global de capital, c'est-à-dire l'ensemble des ressources économiques, culturelles et sociales⁶⁹⁹, et par la structure de ce capital, à savoir la répartition des types de ressources⁷⁰⁰. Schématiquement, les agents disposant d'un important volume de capital, dont la structure peut être à prédominance culturelle ou économique,

⁶⁹² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121.

⁶⁹³ M. Waline, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, Paris, 1926, p. 160.

⁶⁹⁴ Hans Kelsen rappelle à ce titre que le juge ne peut exercer son pouvoir que si le justiciable l'a concrètement saisi d'une requête tendant à cet objectif (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 140).

⁶⁹⁵ A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, Paris, 2003, p. 13.

⁶⁹⁶ Sur l'ampleur de ce processus d'américanisation du droit européen, le lecteur pourra utilement se référer à : M. Reimann, « Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception », in *L'américanisation du droit, A.P.D.*, 2001, tome 45, p. 61.

⁶⁹⁷ A. Spire et K. Weidenfeld, « Les usages sociaux de la justice administrative », *Tracés*, mars 2009, n° 9, Hors-série, p. 75.

⁶⁹⁸ Sur ce point, v. par ex. : L. Cadet, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit, op. cit.*, p. 89, spéc. pp. 90-96. Pour un point de vue opposé, v. F. Terré, « L'américanisme et le droit français », *Philosophie juridique*, 1995, n° 7, p. 144.

⁶⁹⁹ En cela, Pierre Bourdieu se démarque clairement de Karl Marx qui appréhende la structuration de la société en classe à l'aune du seul capital économique.

⁷⁰⁰ P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Les éditions de minuit, Paris, 1979, pp. 128 et ss.

occupent le sommet de la hiérarchie de l'espace social, pendant que les agents disposant d'un faible volume de capital se trouvent relégués à la base de cette hiérarchie.

241. Or, sur le plan juridique, cette inégale répartition des ressources économiques et culturelles entre les individus et la hiérarchisation de l'espace social qui en résulte ne sont pas sans conséquence du point de vue de l'accès au juge. Conditionnée par l'aptitude du justiciable à déchiffrer les subtilités de la procédure juridictionnelle et à supporter le coût financier d'un procès, une action en justice exige effectivement un certain volume de ressources économiques et culturelles. A la portée des catégories sociales les plus aisées et les plus instruites de la population, une telle action se révèle, en revanche, beaucoup plus délicate à mener à bien pour les individus les plus démunis. Pour ces derniers, l'érotisme des modalités de saisine du juge (a) et le coût d'un procès (b) constituent la plupart du temps des facteurs de renonciation à l'exercice de leur droit d'action en justice⁷⁰¹.

242. S'il faut nuancer une telle affirmation, dans la mesure où les démocraties contemporaines manifestent un souci évident de garantir l'accès de tous à la justice, il n'en demeure pas moins que les disparités économiques et culturelles structurant l'espace social réduisent bien souvent le principe d'égalité des droits au rang de simple déclaration d'intention pour les personnes les plus défavorisées. Fermement dénoncée par la doctrine, notamment par les partisans de l'ombudsman⁷⁰², cette réalité justifie à elle seule le recours à une institution obéissant à des modalités de saisine plus souples et moins formalistes que le juge⁷⁰³.

a. L'érotisme des modalités de saisine du juge limite l'accès à la justice des catégories sociales dotées d'un faible capital culturel⁷⁰⁴

243. Le droit, c'est un fait, constitue une matière particulièrement technique largement inconnue du commun des mortels. Loin de faire exception, le droit processuel se trouve

⁷⁰¹ L'ancien Médiateur de la République Jean-Paul Delevoye souligne en ce sens que « *les populations touchées par la pauvreté et l'exclusion apparaissent saisies par un droit qui ne leur est pas accessible* ». Et l'auteur d'ajouter : « *Le risque de fracture juridique est réel entre ceux qui ont les moyens financiers ou les connaissances nécessaires pour faire valoir leurs droits et les autres pour qui la loi symbolise davantage la sanction que la défense de la protection. Ce constat commande de rendre le droit et donc les droits accessibles à tous : la pauvreté étant trop souvent synonyme de privation de la possibilité de faire valoir juridiquement son point de vue, un rééquilibrage des relations entre citoyens et administrations comme des relations de droit privé – touchant souvent, elles aussi, aux droits économiques et sociaux les plus essentiels (droit au travail ou au logement notamment) – est nécessaire* » (« Préface » à P. du Cheyron et D. Gélot (Coord.), *Droit et pauvreté*, Contributions issues du séminaire ONPES DREES-MIRE, 2007, p. 7).

⁷⁰² V. entre autres : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 308 ; G. Escobar, « Las defensorías del pueblo y la protección de los derechos humanos », in M. Guedan et M. Iraizoz, *Las defensorías del pueblo, un puente entre la ciudadanía y el estado en américa latina*, Trama editorial, 2006, p. 122 ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 547 ; M. Retuerto Buades, « Le médiateur de l'Espagne », in Epaminondas A. Marias (éd.), *The European Ombudsman*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, p. 45.

⁷⁰³ En ce sens, v. M. Retuerto Buades, « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *R.C.G.*, 1993, n° 29, p. 11.

⁷⁰⁴ Le capital culturel doit être entendu comme un ensemble de qualifications intellectuelles, socialement sanctionnées, héritées de l'environnement familial et du système scolaire par l'individu (en ce sens, v. P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, *op. cit.*).

entouré par un ensemble de règles au formalisme et à la complexité prenant parfois la forme d'un rébus indéchiffrable pour les non initiés. Le problème est que la maîtrise de ces règles est bien souvent indispensable pour quiconque entend faire valoir ses droits devant le juge⁷⁰⁵. Accentué, du moins en France, par l'absence globale d'éducation juridique de la population⁷⁰⁶, l'ésotérisme qui entoure les conditions d'accès à la justice transforme ainsi l'opération de saisine du juge en une entreprise délicate pour la plupart des individus⁷⁰⁷.

244. Toutefois, s'il est exact que la majorité des « *administrés ne fréquentent pas les temples de Thémis* »⁷⁰⁸ et rencontrent des difficultés pour composer avec les principes directeurs de la procédure pré-contentieuse, gageons que ce phénomène d'exclusion tend à s'intensifier à mesure que l'individu dispose d'un faible capital culturel, pour atteindre son paroxysme au sein des catégories sociales les plus défavorisées culturellement. Pour ces dernières, considérablement éloignées du contrôle juridictionnel en raison de leur position sociale, seule une très forte volonté de surmonter une tendance à la passivité leur permettra de s'adresser au juge⁷⁰⁹. Mais la volonté est loin d'être toujours suffisante. La technicité de la procédure et du vocabulaire juridique est parfois d'une telle ampleur que le justiciable, faute d'être parvenu à en déchiffrer les subtilités, se résigne à ne pas exercer son droit d'agir en justice, quitte à ce que les atteintes portées à ses droits fondamentaux demeurent impunies. En d'autres termes, la procédure d'accès aux prétoires peut apparaître aux yeux de certaines personnes comme un véritable labyrinthe quasi-impossible à traverser pour obtenir une décision du juge⁷¹⁰.

245. Le « *plaideur à la poursuite de son juge* »⁷¹¹ se veut une illustration éclatante de cette difficulté d'accès au juge. Sur ce point, la situation se présente néanmoins sous un angle sensiblement différent selon le système juridique considéré et la structure de son pouvoir juridictionnel.

⁷⁰⁵ En ce sens, v. J.G. Contamin, E. Saada, A. Spire, K. Weidenfeld, *Le recours à la justice administrative*, La Doc. fr., Paris, 2008.

⁷⁰⁶ Le professeur Jacques Robert souligne en ce sens que « *l'enseignement, même élémentaire, des institutions de justice est totalement absent des lycées et collèges. L'élève qui termine sa scolarité dans l'enseignement secondaire ne connaît de la justice que ce qu'il a vu au cinéma, à la télévision... ou lu – et dans quelles conditions ! – dans la presse. Il n'a pas la moindre notion du système des juridictions ni de la manière de s'adresser à elles* » (« La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, p. 118).

⁷⁰⁷ A cet égard, le professeur Denys de Béchillon considère, non sans un certain scepticisme, qu' « *il faudrait éduquer les masses. Les initier à la "vraie" nature, constructive, de l'interprétation, les faire grandir dans leur perception des choses : renoncer à l'idée même de vérité juridique, leur faire comprendre ces bizarreries procédurales dont elles ne saisissent pas immédiatement le bien fondé [...]. Cela dit, [...] une telle entreprise éducative présente des difficultés immenses. Peut-on vraiment éduquer le justiciable ? Par quelles voies ? Jusqu'où ? ...* » (« Comment légitimer l'office du juge ? », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (Dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 474-475).

⁷⁰⁸ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, th. dactylographiée, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris II, 1975, p. 2.

⁷⁰⁹ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, p. 517.

⁷¹⁰ J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *R.E.D.A.*, 1979, p. 403.

⁷¹¹ J.-M. Rainaud, « Le droit au juge devant les juridictions administratives », in J. Rideau (Dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 33.

246. En Espagne, le principe d'unité de la juridiction atténué considérablement les difficultés rencontrées par le justiciable pour identifier le juge habilité à connaître de sa requête. Certes, ce processus d'identification demeure indispensable dans la mesure où, bien que reposant sur le principe d'unité, l'organisation judiciaire espagnole se présente comme un système hybride consacrant l'existence d'une juridiction administrative contentieuse intégrée au système judiciaire unique. Mais l'affirmation d'une compétence générale des tribunaux administratifs pour connaître des litiges de nature administrative favorise, sans nul doute, la prévention des conflits de compétences entre juridictions⁷¹². Ce faisant, les principales difficultés relèvent plus de la coordination que de la répartition des compétences proprement dite⁷¹³.

247. De même, au Portugal, malgré l'existence d'une organisation juridictionnelle reposant sur le principe de dualité des ordres de juridiction, les choses s'avèrent relativement bien balisées eu égard, d'une part, à la consécration constitutionnelle d'une clause générale de compétence⁷¹⁴, équivalente au modèle espagnol, d'autre part, à une stricte délimitation législative des compétences entre les différents ordres juridictionnels⁷¹⁵. Evidemment, des difficultés persistent, notamment en raison de l'indétermination croissante de la frontière entre droit public et droit privé⁷¹⁶. Néanmoins, les conflits de compétences demeurent, en définitive, assez limités.

248. En revanche, rien de tel en France ! A l'heure où certains s'interrogent sur l'opportunité d'une fusion des deux ordres de juridictions⁷¹⁷, sans pour autant qu'une telle opération apparaisse véritablement envisageable⁷¹⁸, aucun critère général ne permet de déterminer l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des litiges impliquant l'administration⁷¹⁹. Aussi le juge judiciaire et le juge administratif sont-ils tous deux amenés à

⁷¹² En ce sens, v. J.R. Fernández Torres, « La jurisdicción contencioso-administrativa : evolución, ámbito y órganos », in T. Cano Campos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 258 et ss.

⁷¹³ Pour une illustration concrète de cette question, v. M. Camós Ramió, « Delimitación competencial y coordinación entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social », in M.J. Montoro Chiner (Coord.), *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La justicia administrativa*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 373 et ss.

⁷¹⁴ L'article 212-3 de la Constitution portugaise dispose qu' « *il appartient aux tribunaux administratifs et fiscaux de statuer sur les actions contentieuses et les recours juridictionnels afin de résoudre les litiges nés des relations juridiques de caractère administratif ou fiscal* ». Pour une approche approfondie de cette question, v. J.E.M. Machado, « Breves considerações em torno do âmbito da justiça administrativa », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2005, pp. 86-102.

⁷¹⁵ S. Correia, R. Medeiros, B. Diniz de Ayala, « Vers une protection juridictionnelle commune des citoyens en Europe (?) », *op. cit.*, p. 24.

⁷¹⁶ J.E.M. Machado, *op. cit.*, p. 91.

⁷¹⁷ D. Truchet, « Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, *op. cit.*, p. 335.

⁷¹⁸ « *La juridiction administrative, comme le droit administratif, sont inscrits dans notre tradition, ont façonné notre système juridique de manière trop profonde pour qu'il soit raisonnable de les remettre en cause* » (*Ibid.*, p. 335).

⁷¹⁹ La pratique a notamment révélé que la thèse de « *la liaison de la compétence et du fond* » (C. Duval, *La liaison entre la compétence et le fond du droit en droit administratif français*, th. dactylographiée, Aix-Marseille III, 1994), outre qu'elle ne constitue pas un gage de simplification de la répartition des compétences, est largement battue en brèche par une multiplication d'exceptions jurisprudentielles conduisant le juge administratif

connaître de contentieux impliquant l'administration, sans que la répartition des compétences en la matière, d'origine essentiellement jurisprudentielle, obéisse nécessairement à une véritable logique. Phénomène d'autant plus alarmant qu'il s'exprime avec une acuité particulière dans le domaine des atteintes administratives aux libertés fondamentales, dont le régime résulte, le plus souvent, de l'intervention des deux ordres de juridiction et, partant, de la prise en compte des deux jurisprudences⁷²⁰. Par conséquent, ce n'est pas tant le principe de dualité des ordres de juridiction qui est en cause mais ses modalités d'application⁷²¹ et les rapports de concurrence entretenus entre les deux ordres juridictionnels dès l'instant où les droits fondamentaux sont en jeu⁷²². De cette complexité de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, il en résulte un découragement évident des moins instruits à recourir au juge.

249. Par ailleurs, que dire de la complexité du vocabulaire juridique ? A l'origine de débats récurrents, fermement condamnée par les justiciables⁷²³, cette complexité, parfois inévitable⁷²⁴, rappelle que « *le droit n'est pas seulement le reflet ou l'expression d'une domination préexistante, il contient aussi, repérables dans son discours, les dispositifs langagiers qui concourent au niveau symbolique à engendrer et perpétuer la distance entre dominants et dominés* »⁷²⁵. En somme, le droit tend irrésistiblement, pour ne pas dire naturellement, à reproduire les codes de la classe sociale dominante. Or, pour les plus démunis, dont l'habitus culturel⁷²⁶ ne permet pas de déchiffrer les finesses linguistiques de la science juridique, la possibilité d'agir en justice s'en trouve gravement affectée. En effet, « *la seule exigence d'une requête écrite peut suffire à écarter du contrôle ceux qui en ont parfois le plus besoin, c'est-à-dire les illettrés, de même que la nécessité d'une argumentation juridique peut écarter ceux qui ne savent pas bien s'exprimer. Un faible niveau de culture constitue ainsi une entrave à la mise en jeu du contrôle juridictionnel* »⁷²⁷.

à faire application des règles de droit privé et, inversement, le juge judiciaire à faire usage du droit administratif (sur ces questions, v. J.-M. Poisson, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris, 2003, p. 44).

⁷²⁰ J. Rivero, « Dualité de juridiction et protection des libertés », *R.F.D.A.*, 1990, p. 735.

⁷²¹ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 542 et ss.

⁷²² J.-M. Poisson, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, *op. cit.*, p. 30.

⁷²³ C'est ainsi qu'une étude effectuée en 1973 par le CREDOC révèle que 63 % des français considèrent qu'il n'est pas bon que le langage judiciaire soit différent de la langue courante (v. F. Terré, « Esquisse d'une sociologie du procès », *A.P.D.*, 1995, tome 39, p. 277).

⁷²⁴ Le professeur François Terré précise en ce sens que « *la matière du droit impose un certain recul par rapport au langage profane, faute de quoi l'expression du juridique en termes élémentaires est de nature à le corrompre et à nuire à sa prévisibilité* » (*Ibid.*).

⁷²⁵ D. Lochak, « Le droit, discours de pouvoir », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, Economica, Paris, 1982, p. 432.

⁷²⁶ L'habitus culturel peut être défini comme le capital culturel acquis et incarné de façon durable dans le corps sous forme de dispositions permanentes, tel que le langage, les capacités intellectuelles, le savoir et savoir-faire. Il s'oppose au capital culturel objectivité, qui renvoie à la possession d'objets culturels, et au capital culturel institutionnalisé, c'est-à-dire la légitimation par les diplômes et autres titres scolaires (sur ces distinctions, v. P. Bourdieu, « Les trois états du capital culturel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1979, vol. 30, p. 3).

⁷²⁷ G. Braibant, N. Questiaux, C. Wiener, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Editions Cujas, Paris, 1973, pp. 289-290.

250. Néanmoins, il va sans dire que, pour les plus aisés sur le plan financier, ce déficit culturel pourra facilement être surpassé par le recours aux services d'un avocat spécialisé. Pour les autres, ceux qui cumulent déficit culturel et économique, la saisine du juge se révélera, dans les faits, une entreprise bien plus complexe à laquelle ils préféreront renoncer.

b. Le coût des procès limite l'accès à la justice des catégories sociales dotées d'un faible capital économique

251. « *La justice est chère, c'est un lieu commun* »⁷²⁸. Si le coût des procès varie sensiblement en fonction de la complexité de l'affaire et de sa durée, les honoraires d'avocat, auxquels s'ajoutent les frais du procès proprement dit⁷²⁹, impliquent généralement une charge financière que tous les individus ne peuvent supporter. Un tel constat est ancien⁷³⁰, il n'en demeure pas moins d'actualité. Appréhendée par le professeur Jesús González Pérez comme l'un des plus grands obstacles au droit à un recours juridictionnel effectif⁷³¹, la cherté des procès constitue, selon les termes mêmes du Tribunal constitutionnel portugais, « *un facteur d'une forte tendance discriminatoire dans l'accès aux tribunaux, susceptible de réduire le respectif droit à une pure illusion pour tous ceux qui, par manque de capacité économique, ne peuvent supporter les dépenses inhérentes à un jugement* »⁷³². Certes, l'inestimable exception française que constitue la dispense du ministère d'avocat dans le cadre du recours pour excès de pouvoir devrait conduire à nuancer le propos⁷³³. Mais la critique est connue : en pratique, une telle dispense relève de l'illusion. Pendant que certains s'interrogent quant à la pertinence actuelle du maintien de cette voie de recours⁷³⁴, on constate effectivement que, dans bien des hypothèses, le justiciable, soit par ignorance, soit dans un souci de bénéficier des conseils d'un spécialiste, recourt aux services d'un avocat⁷³⁵. En d'autres termes, l'ésotérisme de la procédure juridictionnelle conduit généralement le requérant, faute de connaissances suffisantes pour mener à bien son affaire, à se tourner vers un professionnel⁷³⁶.

⁷²⁸ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, op. cit., p. 22.

⁷²⁹ A. Rials, *L'accès à la justice*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1^{ère} éd., 1993, p. 14.

⁷³⁰ Déjà le *Digeste* établissait un lien étroit entre la pauvreté et l'incapacité d'accuser en justice (v. S. Dion-Loye, *Les pauvres et le droit*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1997, p. 43).

⁷³¹ J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », op. cit., p. 407.

⁷³² Acórdão 352/1991 du 4 juillet 1991, D.R. série II du 17 décembre 1991.

⁷³³ Il n'existe pas de formule équivalente sur la péninsule ibérique. Que ce soit en Espagne ou au Portugal, le recours au ministère d'avocat est effectivement obligatoire, même dans le cadre d'un recours objectif devant la juridiction administrative. Deux exceptions sont toutefois à souligner s'agissant de l'Espagne. D'une part, les hauts fonctionnaires publics sont dispensés du ministère d'avocat dans les litiges concernant leur statut (L. Cosculluela Montaner, *Manual de derecho administrativo, parte general*, op. cit., p. 503). D'autre part, devant les juridictions civiles, l'intervention d'un avocat et d'un avoué n'est obligatoire que pour les litiges d'un montant supérieur à 900 € (Service des études juridiques du Sénat, « L'aide juridique en Espagne, étude de législation comparée n° 137 », juillet 2004. [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr]).

⁷³⁴ J.-M. Woehrling, « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 777.

⁷³⁵ Sur ce point, v. : J.-C. Fortier, « La justice administrative est-elle gratuite ? », *A.J.D.A.*, 1967, p. 153 ; R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 690.

⁷³⁶ Il est délicat de proposer des indications précises sur ce point faute de données récentes sur la question. Une enquête réalisée par le professeur Roland Drago en 1967 révèle néanmoins que seuls 25 % des requérants qui auraient pu se dispenser des services d'un avocat ont cru pouvoir s'en passer effectivement (cité par M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, op. cit., p. 14).

252. Est-ce à dire que l'accès au juge est rendu impossible pour les personnes les plus démunies sur le plan financier ? La réponse est de toute évidence négative. Conscients de l'atteinte au principe d'égal accès à la justice causée par le coût des procès, les Etats de droit contemporains s'efforcent de développer des dispositifs visant à garantir la gratuité de la justice pour les individus dotés d'un faible capital économique⁷³⁷. Corollaires indispensables du droit fondamental au juge⁷³⁸, de tels dispositifs, consacrés au cœur même du texte constitutionnel au Portugal et en Espagne⁷³⁹, prennent la forme de droits-créances⁷⁴⁰ dont la mise en œuvre relève de la compétence du législateur⁷⁴¹. En dépit d'une appellation différente selon le pays considéré⁷⁴², la prestation en résultant repose sur des modalités de fonctionnement globalement similaires. Elle offre la possibilité à tout individu apportant la preuve de l'insuffisance de ses ressources économiques pour supporter les frais d'un procès, de voir tout (aide totale) ou partie (aide partielle) de ces frais pris en charge par l'Etat. Traduisant une volonté de garantir l'accès au juge indépendamment de la situation économique du justiciable, ces mécanismes d'aide juridique se révèlent on ne peut plus salutaires. Ils présentent cependant deux insuffisances de taille.

253. Premièrement, se trouvent exclus de leur champ d'application un nombre élevé de personnes dont le revenu, sans correspondre à une situation de pauvreté, ne permet pas nécessairement de supporter le coût d'un procès. La situation française est à ce titre topique dans la mesure où le montant actuel du plafond de l'aide juridictionnelle totale n'autorise pas les personnes percevant le SMIC à en bénéficier⁷⁴³. Bien que le seuil retenu par la loi de 1991 correspondait au SMIC net, la revalorisation annuelle des plafonds de l'aide juridictionnelle, moins rapide que celle du salaire minimum⁷⁴⁴, a effectivement conduit à écarter les personnes

⁷³⁷ Cette volonté contemporaine de faciliter l'accès à la justice des personnes les plus démunies s'inscrit dans la continuité d'une très ancienne tradition. C'est ainsi que sous la Grèce antique, dix avocats, désignés tous les dix ans à Athènes, recevaient pour mission de défendre les pauvres devant les tribunaux. A Rome, également, fût très rapidement mise en place une forme de protection des gens modestes. Notamment, le préteur devait désigner un avocat aux personnes qui en avaient besoin (pour une étude détaillée de ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à : A. Rials, *L'accès à la justice*, op. cit., pp. 17 et ss.).

⁷³⁸ En ce sens, v. C.E.D.H., 9 octobre 1979, op. cit.

⁷³⁹ S'agissant de la Constitution portugaise, celle-ci dispose dans son article 20 que « [...] la justice ne peut être refusée pour insuffisance de moyens économiques » et que « Toute personne a droit, conformément à la loi, à l'information et à la consultation juridique, à l'aide judiciaire et à se faire accompagner d'un avocat devant toute autorité ». Quant à la Constitution espagnole, son article 119 prévoit que « La justice sera gratuite lorsque la loi l'établira et dans tous les cas, pour tous ceux qui justifieront l'insuffisance de leurs ressources pour ester en justice ».

⁷⁴⁰ J.I. Fanjul Vicuña, « La justicia gratuita en la Constitución », in J. Martínez-Simancas Sánchez et M. Aragón Reyes (Coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Vol. 2, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 2044.

⁷⁴¹ STC 16/1994 du 20 janvier 1994, B.O.E. du 17 février 1994, FJ. 3.

⁷⁴² En France, il s'agit de l'aide juridictionnelle (loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, J.O. du 13 juillet 1991, p. 9170), en Espagne de l'assistance juridique gratuite (loi n° 1-1996 du 10 janvier 1996 relative à l'assistance juridique gratuite, B.O.E. du 12 janvier 1996 p. 793) et au Portugal de l'aide judiciaire (loi n° 47-2007 du 28 août 2007 modifiant le régime d'accès au droit et aux tribunaux prévu par la loi n° 34-2004 du 29 juillet 2004, D.R. série I du 28 août 2007, p. 5793).

⁷⁴³ Tandis que, pour l'année 2013, le SMIC est de 1120,43 euros net le montant du plafond de l'aide totale s'élève à 929 euros (Circulaire du 7 janvier 2013 relative au montant des plafonds de ressources, des correctifs pour charges familiales et des tranches de ressources pour l'admission à l'aide juridictionnelle en 2013, B.O.M.J. n° 2013-01 du 31 janvier 2013).

⁷⁴⁴ P. Bouchet, D. Charvet, B. Fragonard, *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Rapport à la garde des sceaux, ministre de la justice, La Doc. fr., 2001, p. 5.

percevant le SMIC du champ d'application de l'aide totale. Sur ce point, le système espagnol se révèle un peu plus avancé puisque l'aide totale est attribuée à l'ensemble des ménages dont les ressources ne dépassent pas le double du montant du salaire minimum interprofessionnel⁷⁴⁵, soit un revenu mensuel de 1505,7 euros brut en 2013. Quant à l'aide partielle, tandis qu'en Espagne elle n'est que très exceptionnellement accordée⁷⁴⁶, en France, non seulement le seuil limite se révèle une fois de plus relativement bas⁷⁴⁷, mais, de surcroît, la part des dépenses prise en charge par l'Etat, laquelle varie en fonction des ressources du ménage, se révèle très rapidement dérisoire. A titre d'exemple, une personne percevant un revenu mensuel de 1183 euros en 2011 ne bénéficie d'une prise en charge de ses frais de justice qu'à hauteur de 25 %. Or, peut-on raisonnablement penser que cette aide soit suffisante pour faire valoir ses droits en toutes circonstances devant le juge ? Il est permis d'en douter et, à la vérité, il ne serait guère étonnant que, dans bien des hypothèses, les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle partielle renoncent à leur droit d'agir en justice.

254. Deuxièmement, certaines dépenses liées aux conséquences du procès ne sont pas prises en charge par les systèmes d'aide juridique. Pour prendre le seul exemple de la France, lorsque le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle perd le procès ou est condamné aux dépens, celui-ci doit rembourser à l'adversaire les frais qu'il a engagés dans le procès⁷⁴⁸. Il y a là assurément de quoi dissuader bon nombre de bénéficiaires de l'aide juridictionnelle à agir en justice.

255. On le voit, la volonté contemporaine de garantir l'accès au juge indépendamment de la situation économique du justiciable ne permet pas de remédier à l'ensemble des difficultés liées au coût des procès. Le droit se présente ainsi comme le cruel reflet des inégalités économiques dont-il ne parvient pas véritablement à se défaire. C'est le principe d'égal accès à la justice qui se trouve battu en brèche et se sont les droits fondamentaux des individus les plus démunis qui en pâtissent. « *Le recours juridictionnel se convertit en un article de luxe* »⁷⁴⁹ réservé aux catégories socioprofessionnelles les plus aisées. La surreprésentation des artisans, commerçants et chef d'entreprises devant la juridiction administrative française⁷⁵⁰, c'est-à-dire des catégories sociales dotées d'un fort capital économique⁷⁵¹, est là pour en témoigner.

⁷⁴⁵ Art. 3-1 de la loi n° 1-1996 du 10 janvier 1996, *op. cit.*

⁷⁴⁶ En principe, l'aide partielle peut être accordée si les ressources du demandeur dépassent le plafond mais n'excèdent pas le quadruple du salaire minimum. Toutefois, son octroi se révèle fortement conditionné puisqu'il dépend de la situation familiale, du nombre d'enfants ou de personnes à charge, de l'état de santé, des obligations financières et du coût du procès (art. 5 de la loi n° 1-1996 du 10 janvier 1996, *op. cit.*).

⁷⁴⁷ Pour l'année 2013, le plafond de l'aide partielle s'élève à 1393 euros pour une prise en charge des dépenses de la part de l'Etat à hauteur de 15 % (Circulaire du 7 janvier 2013 relative au montant des plafonds de ressources, des correctifs pour charges familiales et des tranches de ressources pour l'admission à l'aide juridictionnelle en 2013, *op. cit.*).

⁷⁴⁸ Art. 42 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, *op. cit.*

⁷⁴⁹ R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 73.

⁷⁵⁰ C'est le constat opéré par Alexis Spire et le professeur Katia Weidenfeld à la suite d'une enquête de terrain récemment menée dans différents tribunaux administratifs (A. Spire et K. Weidenfeld, « Les usages sociaux de la justice administrative », *op. cit.*, p. 76).

⁷⁵¹ P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, *op. cit.*, pp. 128-144, 129 et spéc. 140-141.

256. En définitive, « *les inégalités de fortune, de position sociale et de savoir font que les droits de tous ne semblent n'appartenir qu'à quelques-uns* »⁷⁵². A ces facteurs matériels d'entrave à l'accès au juge s'ajoute une barrière d'ordre psychologique tenant à la perception négative du procès dans l'imaginaire collectif.

2. La perception négative du procès dans l'imaginaire collectif conduit à son rejet psychologique

257. A tort ou à raison, le procès est régulièrement perçu, du moins sur le continent de la vieille Europe, comme un acte pernicieux. Illustrée par la littérature kafkaïenne⁷⁵³, cette perception négative du procès dans l'imaginaire collectif, loin d'être purement onirique, conduit parfois le justiciable à renoncer à son droit d'ester en justice et, dans le même temps, à la protection de ses droits et libertés. Un tel phénomène de rejet, qui tend à s'intensifier chez les individus les moins dotés en capital culturel, compte tenu de leur méconnaissance globale du système judiciaire, peut être illustré sous deux angles différents : d'une part, à l'aune de l'image violente renvoyée par le procès (a), d'autre part, au regard du scepticisme quant à l'impartialité du juge en charge de connaître des contentieux impliquant l'administration (b).

a. L'image violente du procès

258. Associer la fonction de juger à un acte violent ne manque pas de surprendre dès lors que le procès est traditionnellement présenté comme un facteur de pacification⁷⁵⁴, d'apaisement du litige⁷⁵⁵ et de préservation de la paix sociale. En effet, selon la thèse classique, l'institutionnalisation du procès dans les sociétés occidentales « *est née de la volonté de remédier aux mécanismes archaïques de règlement des conflits, la vengeance privée puis la composition obligatoire, la loi du talion (œil pour œil, dent pour dent). Le procès se substitue à la violence néfaste et injuste qui risque d'engendrer elle-même la violence en retour* »⁷⁵⁶. Il permettrait, sous l'autorité d'un tiers indépendant, neutre et impartial, de régler un différend dans des conditions expurgeant tout désir de vengeance. Bref, l'apparition du procès, corrélativement à la condamnation du droit de se faire justice soi-même, participerait de « *la réalisation bienfaisante du droit* »⁷⁵⁷.

⁷⁵² G. Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, Editions du Seuil, Paris, 1981, p. 84.

⁷⁵³ F. Kafka, *Le procès*, Gallimard, 1933.

⁷⁵⁴ D. Lochak, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (Dir.), *L'office du juge*, op. cit., p. 246.

⁷⁵⁵ F. Zenati, « Le procès, lieu du social », *A.P.D.*, 1995, tome 39, p. 239.

⁷⁵⁶ D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 85. Dans un sens similaire, Pierre Bourdieu écrit : « *Entrer dans le jeu, accepter de jouer le jeu, de s'en remettre au droit pour régler le conflit, c'est accepter tacitement d'adopter un mode d'expression et de discussion impliquant le renoncement à la violence physique et aux formes élémentaires de la violence symbolique, comme l'injure* » (« La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, p. 10).

⁷⁵⁷ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 289.

259. Reste que cette vertu d'apaisement social attachée au procès, largement défendue par Ihering à travers sa thèse *Kampf um's recht*⁷⁵⁸, est loin d'être partagée par l'ensemble des juristes. Tandis que le Janséniste Jean Domat présente le procès comme l'un des trois grands troubles qui blessent l'ordre de la société, à côté des crimes et de la guerre, le doyen Jean Carbonnier entrevoit dans l'acte de juger un mal plus qu'un bien⁷⁵⁹. L'idéogramme chinois représentant le jugement sous la forme d'un combat entre deux chiens se veut révélateur de cette acception pessimiste du procès⁷⁶⁰. Ce faisant, si le procès est susceptible de présenter à terme, une fois la justice rendue, une vertu d'apaisement social, l'on ne saurait faire fi du caractère violent dont est également porteuse cette institution. « *Les connotations attachées au terme même de "contentieux", notamment dans des expressions comme "il existe un contentieux" ou "alimenter un contentieux", sont là pour nous rappeler que le contentieux a plus à voir avec le conflit qu'avec la paix* »⁷⁶¹. De même, l'extrême rigidité de la procédure ainsi que le langage utilisé par le juge, « *discours de pouvoir* »⁷⁶² emprunt d'une autorité solennelle, se révèlent bien souvent plus proches de la contrainte que de l'apaisement. A cet égard, la sagesse populaire n'enseigne-t-elle pas qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ?

260. Evidemment, on conviendra avec le professeur Danièle Lochak que le procès présente une vertu d'euphémisation de la violence, en ce sens que « *le formalisme juridique et juridictionnel masque le caractère dramatique – donc déplaisant – de certaines situations* »⁷⁶³. De même, le recours au juge permet, à la différence de la justice privée, de canaliser la violence physique.

261. Mais permet-il véritablement de remédier à la violence morale et psychologique ? Rien n'est moins sûr. A vrai dire, il apparaît même envisageable d'affirmer que la procédure juridictionnelle contribue, dans une certaine mesure, à alimenter cette forme de violence. Il suffit de songer à certains procès pénaux, à l'occasion desquels les victimes et leur entourage se trouvent publiquement confrontés, tout au long de l'instance, au ressassement de faits particulièrement traumatisants. Ou tout simplement à la plupart des procès administratifs, longs et couteux, dont l'issue, indéterminée, n'interviendra qu'à la suite d'un long calvaire, lui même emprunt de son lot d'incertitudes⁷⁶⁴. De toute évidence, il semble difficile pour le justiciable de ressortir indemne de telles confrontations judiciaires et il y a là de quoi dissuader bon nombre d'individus de recourir au juge, et ce quand bien même leurs droits fondamentaux seraient en jeu.

⁷⁵⁸ Littéralement, *Combat pour le Droit*, cité par L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 289.

⁷⁵⁹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique – Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962, p. 262.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁷⁶¹ D. Lochak, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », *op. cit.*, pp. 246-247.

⁷⁶² D. Lochak, « Le droit, discours de pouvoir », *op. cit.*, p. 429.

⁷⁶³ D. Lochak, « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », *op. cit.*, p. 248.

⁷⁶⁴ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 18.

262. En somme, et c'est là tout le paradoxe de la procédure juridictionnelle, « *le procès apparaît à la fois comme un lieu de conflit et un lieu d'apaisement, comme si l'un n'était pas possible sans l'autre* »⁷⁶⁵. Or, ce conflit, bien qu'institutionnalisé, tous les individus ne sont pas préparés à l'affronter. Les psychologues et les sociologues de l'exclusion l'ont parfaitement mis en avant : pour les plus vulnérables, « *la possibilité de lancer une procédure judiciaire [...] est plus théorique que pratique. Car ces démarches sont complexes et moralement éprouvantes pour les victimes et leur entourage qui doivent se faire fort de démontrer leur faiblesse alors qu'elles sont au désarroi* »⁷⁶⁶. Source « *de ritualisation de la violence* »⁷⁶⁷, le procès se présente ainsi pour le particulier comme un puissant facteur de renoncement à l'exercice du droit au recours juridictionnel.

263. Les suspicions quant à l'impartialité du juge en charge de connaître des litiges impliquant l'administration accentuent ce rejet psychologique du procès.

b. Le scepticisme quant à l'impartialité du juge de l'administration

264. Le juge, tiers désintéressé et impartial⁷⁶⁸, a pour fonction de régler un litige entre deux parties en plaçant ces dernières sur un pied d'égalité. Cette vision égalitaire du procès, développée dès l'antiquité grecque, notamment par Pythagore⁷⁶⁹, se trouve très clairement exprimée à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au principe d'égalité des armes⁷⁷⁰. De même, au Portugal, l'article 6 du code de contentieux administratif consacre explicitement le principe d'égalité contentieuse entre l'administré et l'administration⁷⁷¹. Pour autant, en dépit de ces reconnaissances explicites, la fonction juridictionnelle est régulièrement appréhendée dans l'imaginaire collectif comme un pouvoir public dont l'impartialité est loin d'être toujours effective. Le juge, frappé d'une crise de légitimité⁷⁷² et de confiance⁷⁷³, fait ainsi l'objet d'une véritable méfiance de la part des citoyens⁷⁷⁴.

⁷⁶⁵ F. Zenati, « Le procès, lieu du social », *op. cit.*, p. 239. Dans un sens similaire, le doyen Jean Carbonnier considère que le procès est le siège de « *deux grandes attitudes opposées : une attitude optimiste, une attitude pessimiste* » (J. Carbonnier, *Sociologie juridique – Partie spéciale : Le procès et le jugement*, *op. cit.*, pp. 223-226).

⁷⁶⁶ H. Thomas, *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, Editions du Croquant, coll. Terra, 2010, p. 238.

⁷⁶⁷ F. Zenati, « Le procès, lieu du social », *op. cit.*, p. 240.

⁷⁶⁸ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, pp. 75-94.

⁷⁶⁹ Sur ce point, v. D. Freitas do Amaral, « O princípio da justiça no artigo 266º da Constituição », in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 687.

⁷⁷⁰ C'est tout d'abord la Commission européenne qui a affirmé, sur le fondement de l'article 6§1, que « *le droit à un procès équitable implique que toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* » (Comm.E.D.H., 30 juin 1959, *Szwabowicz c. Suède*, Ann. II, p. 535). Puis, dans un second temps, la Cour a précisé que « *même en l'absence de partie poursuivante [...], un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse* » (C.E.D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, § 34).

⁷⁷¹ Sur ce point, v. not. : M. Aroso de Almeida, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, *op. cit.*, pp. 23-24 ; C.A.F. Cadilha, *Dicionário de contencioso administrativo*, *op. cit.*, pp. 523-524.

⁷⁷² Y. Gaudemet, « Crise du juge et contentieux administratif français », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, *op. cit.*, p. 90.

265. Confirmée par des enquêtes de terrain⁷⁷⁵, cette défiance vis-à-vis de l'institution juridictionnelle s'exprime de façon exacerbée à l'égard du juge en charge de connaître des contentieux impliquant l'administration⁷⁷⁶. A savoir que, dans l'esprit de bon nombre d'administrés, « *la relation non paritaire entre l'administration et le particulier dans le monde de l'administration active se reproduit, régulièrement, dans la sphère du propre contrôle juridictionnel* »⁷⁷⁷. Autrement dit, le juge serait irrésistiblement enclin à ne pas porter préjudice à l'Administration, à prendre en compte ses intérêts et son prestige plus que ceux des particuliers⁷⁷⁸.

266. Relayée par une partie de la doctrine d'un côté⁷⁷⁹, largement démentie par le milieu de la magistrature de l'autre⁷⁸⁰, cette image du juge adoptant une attitude révérencielle à l'égard de l'administration relève-t-elle du mythe ou de la réalité ? Il semble difficile d'adopter une position clairement tranchée. Néanmoins, il est évident que, sur le strict plan des apparences, le juge recourt à un discours et à des pratiques proches de ceux de l'administration, en mesure de dissuader les administrés de recourir à ses services. Ces derniers, déjà effrayés à l'idée d'affronter l'administration dans le cadre d'une procédure juridictionnelle⁷⁸¹, doivent composer avec un juge dont les codes leurs sont largement étrangers. En outre, la distance qui sépare le justiciable de son juge, le manque de transparence du contentieux administratif ou, encore, le défaut de médiatisation de la justice administrative, étroitement lié à l'austérité des litiges dont-elle a à connaître aux yeux du grand public, à l'inverse des grandes affaires pénales, sont autant de facteurs contribuant à alimenter une mauvaise connaissance du juge de l'administration et, ce faisant, les suspicions quant à son impartialité. Aussi n'est-il guère surprenant que, pour certains requérants, le tribunal administratif soit toujours assimilé à un

⁷⁷³ F. Terré, « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », in J. Lenoble (éd.), *op. cit.*, p. 158.

⁷⁷⁴ Pierre Draï écrit en ce sens: « *Dans notre pays, subsiste, dans le tréfonds de la conscience populaire, cette vieille méfiance à l'égard des juges, méfiance qu'accroît encore la vue des défauts d'une machine vieille et vite essoufflée, face à l'effort* » (« Etre juges... et juger... », *R.F.D.A.*, 1990, p. 695).

⁷⁷⁵ En Espagne, un sondage réalisé par l'institut OYCOS en 1986 relatif à l'opinion de la population espagnole vis-à-vis de la justice révèle que, sur 1200 personnes interrogées, 31 % considèrent que les tribunaux de justice sont peu indépendants des intérêts et des pressions du gouvernement et 26 % estiment que ces mêmes tribunaux ne sont pas toujours impartiaux (J.J. Toharia, « Los españoles y la Administración de la justicia », *Poder judicial*, 2^a época, 1986, n° 1, pp. 43-44).

⁷⁷⁶ C'est ainsi qu'une enquête réalisée en 1972 auprès des requérants du tribunal administratif de Marseille en révèle que 76 % d'entre eux considèrent que le tribunal favorise systématiquement l'administration (J. Frayssinet, J.-P. Guin et R. Blum, *Administration et justice administrative face aux administrés*, *op. cit.*, p. 43). Certes, l'enquête est datée et on ose espérer qu'une évolution positive s'est produite depuis, mais de tels résultats n'en demeurent pas moins alarmants et particulièrement révélateurs de la méfiance exprimée par les administrés à l'adresse du juge de l'administration.

⁷⁷⁷ F. Alves Correia, « Do ombudsman ao Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷⁸ G. Napione, *L'ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 223.

⁷⁷⁹ V. not. : A. Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 12 ; J. Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 57 ; J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *op. cit.*, p. 404 ; D. Lochak, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 43 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 26.

⁷⁸⁰ R. Denoix de Saint Marc, « L'indifférence du juge administratif », *R.A.*, 1998, n° 301, p. 78.

⁷⁸¹ Le professeur Jesús González Pérez évoque un comportement d'inhibition de la part des victimes de l'administration publique (*op. cit.*, p. 408).

maillon de la chaîne administrative⁷⁸². Il en résulte que, avérée ou non, cette perception du juge insuffisamment détaché de la puissance publique est fortement ancrée dans l'esprit de bon nombre d'administrés⁷⁸³ qui, en définitive, préfèrent fuir l'affrontement judiciaire avec l'administration⁷⁸⁴.

267. La lenteur de la justice explique également ce phénomène de renonciation au recours juridictionnel.

3. La force dissuasive des délais de jugement

268. Source d'inefficacité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux⁷⁸⁵, la lenteur de la justice⁷⁸⁶ se présente, en outre, comme un facteur de renoncement du justiciable à son droit d'action en justice et, par conséquent, à la protection de ses droits et libertés. La cause d'une telle lenteur est connue. Elle tient essentiellement à l'engorgement des prétoires ; engorgement lié à l'absence d'augmentation des moyens humains et matériels pour faire face à l'augmentation du contentieux⁷⁸⁷. Le constat, lui, est sans appel. Pour s'en tenir aux seules juridictions administratives, la durée de jugement des affaires, en France comme sur la péninsule ibérique, s'avère rarement inférieure à un an.

269. Les statistiques officielles pour l'année 2008 sont à ce titre édifiantes. En France, malgré une préoccupation renouvelée du juge administratif à l'égard de l'accélération des procédures⁷⁸⁸, la durée moyenne de jugement demeure de 14,3 mois devant les cours administratives d'appel et de 16,7 mois devant les tribunaux administratifs⁷⁸⁹. Au Portugal, cette durée varie de 9 à 15 mois selon la Cour administrative d'appel, pour atteindre 24 mois devant les tribunaux administratifs de première instance⁷⁹⁰. En Espagne, elle atteint 11,8 mois devant les juges centraux du contentieux administratif, 29 mois devant les Chambres du

⁷⁸² K. Weidenfeld, « La perception de la justice administrative par les Français : le reflet abstrait d'une réalité ignorée », *Recherche Droit et justice*, Hiver 2008-2009, n° 31, p. 12.

⁷⁸³ J.-M. Poisson, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁸⁴ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁸⁵ V. *infra*, n° 355-361.

⁷⁸⁶ Cette problématique, ancienne, fait l'objet de critiques récurrentes depuis le début du XX^{ème} siècle, aussi bien de la part de la doctrine publiciste que privatiste. En ce sens, il est possible de mentionner, entre autres : P.-H. Bolle, « Les lenteurs de la procédure pénale », *R.S.C.*, 1982, p. 291 ; P. Julian, « L'indispensable accélération de la procédure civile », *Ann. fac. droit de Lyon*, 1958, fasc. 18 ; G. Jèze, « Les lenteurs de la justice », *R.D.P.*, 1921, p. 377 ; G. Liet-Veaux, « La justice administrative au ralenti », *D.*, 1948, chron. 133 ; F. Moderne, « La durée des instances », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, éd. CNRS, 1986, p. 61 ; H. Oberdoff, « Le justiciable, le juge administratif et le temps », in *Quarantième anniversaire des tribunaux administratifs : le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, P.U.G., 1995, p. 281 ; J. Rivero, « La réforme du contentieux administratif », *A.J.D.A.*, 1953, p. 173 ; J.-M. Woehrling, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier, Service public et libertés*, Ed. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 341.

⁷⁸⁷ D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁸⁸ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, *op. cit.*, pp. 126 et ss.

⁷⁸⁹ *Annuaire statistique de la justice, édition 2009-2010*, La Doc. fr., Paris, 2010, pp. 271 et 273.

⁷⁹⁰ *La justice administrative en Europe, rapport pour le Portugal*, p. 36, [en ligne]. Disponible sur [www.juradmin.eu].

contentieux-administratif des Cours supérieures de justice des Communautés autonomes et 20,9 mois devant la Chambre du contentieux-administratif de la Cour suprême⁷⁹¹.

270. Et ceci ne constitue qu'une moyenne propre à chaque degré de juridiction. Lorsque le procès parcourt tous les échelons de la hiérarchie judiciaire, il n'est pas rare que celui-ci dure plus de dix ans⁷⁹². Le professeur Montserrat Cuchillo I Foix indique en ce sens que la durée de résolution définitive des contentieux administratifs en Espagne oscillait entre huit et douze ans à la fin des années 1990⁷⁹³. Rien de bien surprenant dès l'instant où le nombre d'affaires en attente de décision s'élevait à 271 638 en 1996⁷⁹⁴.

271. Par ailleurs, que dire de ces procès, heureusement exceptionnels, dont la durée, hors norme, confine à une parodie de justice. On se souvient de l'arrêt du Conseil d'Etat *Jacquin*⁷⁹⁵, lequel ne va pas sans rappeler les déboires rencontrés par Orante, personnage mis en scène par Jean de la Bruyère⁷⁹⁶, emblématique d'un tel dysfonctionnement du service public de la justice. En l'espèce, un artificier victime d'un accident à l'occasion de la fête nationale du 14 juillet 1914 obtient, trente quatre ans après les faits, un arrêt du Conseil d'Etat lui indiquant l'incompétence de la juridiction administrative.

272. Au regard d'un tel constat, « *il n'est pas exagéré de dire que, pour mener à bien une action judiciaire [...], il faut joindre à l'optimisme de Don Quichotte l'obstination du comte de Monte-Cristo* »⁷⁹⁷. Or, dans l'esprit de la majorité des requérants, « *une justice crédible, efficace et effective se traduit nécessairement par l'obtention et l'exécution d'un jugement sur le fond dans un temps qui satisfait ses besoins économiques, sociaux et personnels* »⁷⁹⁸. Dans le cas contraire, le justiciable « *estimera que l'avantage qu'il tirerait du recours ne mérite pas les sacrifices d'énergie, de temps, d'argent, qu'il faudrait lui consentir* »⁷⁹⁹. C'est pourquoi, bien souvent, la perspective d'une attente de plusieurs années pour voir apporter une solution au litige décourage le requérant⁸⁰⁰. Ce dernier, gagné par la résignation, se résout à ne pas saisir le juge, quitte à ce que l'atteinte portée à ses droits fondamentaux demeure affranchie de toute sanction.

⁷⁹¹ *La justice administrative en Europe, rapport pour l'Espagne*, p. 21, [en ligne]. Disponible sur [www.juradmin.eu].

⁷⁹² D. Cholet, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁹³ Montserrat Cuchillo i Foix, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol », *op. cit.*, p. 761.

⁷⁹⁴ *Libro blanco de la justicia*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1997.

⁷⁹⁵ C.E., 14 mai 1948, *Jacquin*, R.D.P., 1948, p. 600, note M. Waline.

⁷⁹⁶ « *Orante plaide depuis dix ans entiers en règlement de juges pour une affaire juste, capitale et où il y va de toute sa fortune ; elle saura peut-être dans cinq années quels seront ses juges et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie* » (J. de la Bruyère, *Les caractères ou les mœurs de ce siècle*, 1688, chapitre XIV, « De quelques usages », n° 41).

⁷⁹⁷ R. Lindon et D. Amson, « Un "ombudsman" en France ? », *J.C.P. G*, 1970, I.2322.

⁷⁹⁸ N. Fricero, « Délai raisonnable », *op. cit.*, p. 312.

⁷⁹⁹ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁰⁰ Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater que 67 % des français considèrent que la justice ne remplit pas correctement son rôle en raison notamment de sa lenteur (*Le courrier de la Chancellerie*, janvier 1995, n° 30, cité par D. Cholet, *op. cit.*, p. 4).

273. Au total, la position sociale du justiciable, la perception négative du procès dans l'imaginaire collectif et la lenteur de la justice sont autant de facteurs conduisant les particuliers à renoncer à l'exercice de leur droit au recours juridictionnel. Le problème est que le juge ne pouvant par définition se saisir d'office, les actions judiciaires intentées en vue d'obtenir une condamnation des atteintes portées aux droits fondamentaux ne sauraient couvrir l'ensemble des violations des droits de la personne humaine⁸⁰¹. Pour ceux qui ne renoncent pas à saisir le juge, en somme les plus nantis et les plus courageux, il vaut mieux ne pas trop tarder à introduire le recours dès lors que l'atteinte causée aux droits fondamentaux est le fait d'une décision de l'administration.

B. La brièveté des délais de recours contentieux contre les actes administratifs

274. Comme le souligne Maryelle Joliot, « le respect de la légalité poussé à son degré extrême exigerait qu'un acte administratif illégal puisse à tout moment et par tout moyen convenable être réduit à néant. Car le temps qui s'écoule n'atténue pas l'irrégularité dont il souffre ; bien plus, il risque de provoquer, si d'autres actes sont pris à sa suite ou pour son application, une cascade d'illégalités »⁸⁰². Un tel point de vue ne peut que recueillir l'adhésion. Et ce d'autant plus lorsque les droits fondamentaux sont en jeu. Corollaires indispensables de l'Etat de droit, aucune considération temporelle ne devrait effectivement empêcher leurs bénéficiaires de contester devant le juge les décisions administratives leur portant atteinte.

275. Ce serait toutefois sans compter sur les principes de préservation des situations juridiques et de bonne administration dont l'effectivité exige de ne pas laisser les décisions adoptées par l'administration en suspend indéfiniment et, par conséquent, conduit à enserrer la recevabilité des recours juridictionnels aux fins d'annulation des actes administratifs dans des délais particulièrement restreints. C'est ainsi qu'en France, la juridiction administrative ne peut être saisie, sauf dispositions spéciales⁸⁰³, « que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée »⁸⁰⁴. De même, en Espagne, l'article 46-1 de la loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif prévoit que « le délai d'introduction du recours contentieux administratif est de deux mois, à compter du jour suivant la publication de la disposition attaquée ou celui de la notification ou de la publication de l'acte mettant fin à la voie administrative »⁸⁰⁵. Quant au Portugal, l'article 58 du code de contentieux administratif précise que le recours contre les actes annulables doit être formé dans un délai d'un an s'il est introduit par le Ministère public et de trois mois dans les autres hypothèses⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ En ce sens, v. R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 108.

⁸⁰² M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁰³ En premier lieu, il existe des matières où le recours contentieux peut être introduit sans condition de délai. C'est par exemple le cas en matière de travaux publics et dans les hypothèses de recours dirigés contre un acte inexistant. En second lieu, dans certains contentieux le délai imparti peut être plus bref (contentieux électoral ; recours dirigés contre les arrêtés de reconduite à la frontière) ou plus long que le délai de principe de deux mois.

⁸⁰⁴ Art. R. 421-1 du CJA.

⁸⁰⁵ Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*

⁸⁰⁶ Sachant que, à l'identique de la France, le recours contre les actes inexistantes n'est soumis à aucun délai.

276. Pour justifiable que soit cette position, elle n'en demeure pas moins fâcheuse à bien des égards. Expression du formalisme de la procédure juridictionnelle, la brièveté des délais en matière de contentieux administratif se présente comme une entrave supplémentaire au droit d'accès au juge dans la mesure où, une fois ces délais écoulés, le juge oppose à la requête une fin absolue de non recevoir. Aussi est-ce la plus grande diligence qui doit animer le requérant. Une attention toute particulière est notamment requise dans le domaine des décisions implicites de rejet nées du silence gardé par l'administration. Un tel silence, considéré comme « *un scandale dans l'Etat de droit* » par le professeur Federico Sainz de Robles⁸⁰⁷, représente effectivement « *un véritable piège pour les administrés peu informés. Ayant fait une demande à l'administration et ne voyant rien venir, ils risquent de laisser passer les délais de recours* »⁸⁰⁸.

277. Certes, la France et les pays ibériques ont aménagé des dispositifs afin de prévenir ou limiter les risques de forclusion en la matière. En France, deux dispositions œuvrent en ce sens. En premier lieu, l'article R. 421-3 du Code de justice administrative, en vertu duquel seules les décisions expresses de rejet font courir le délai dans le domaine du contentieux de pleine juridiction. En second lieu, l'article 19 de la loi du 12 avril 2000⁸⁰⁹, lequel prévoit l'absence d'opposabilité des délais de recours à l'auteur d'une demande si l'accusé de réception, lorsqu'il est exigé par le décret du 6 juin 2001⁸¹⁰, ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les mentions exigées par ce décret que sont, notamment, le délai à l'issue duquel la décision implicite est réputée prise et les voies et délais de recours contre cette décision. En Espagne, l'article 46-1 de la loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif porte le délai classique de deux mois à six mois s'agissant des hypothèses de décisions implicites⁸¹¹. Au Portugal, l'article 58-4 du Code de contentieux administratif autorise, pour peu que le délai d'un an n'ait pas encore expiré⁸¹², la recevabilité du recours au delà du délai de trois mois s'il est démontré que l'introduction de l'action dans le délai fixé n'aurait pu être exigée de la part d'un citoyen normalement diligent.

278. Pour autant, si ces différentes dispositions atténuent effectivement les risques de forclusion, elles ne les annihilent pas totalement. Par exemple, il peut toujours arriver que le requérant, par inattention, laisse écouler le délai de recours jusqu'à son terme et se retrouve dans l'impossibilité de faire valoir ses droits fondamentaux devant le juge. Surtout, des risques persistent dans le domaine des actes réglementaires où la publication rend beaucoup

⁸⁰⁷ F. Sainz de Robles, « El llamado silencio administrativo : un escándalo en el Estado de derecho », in Estudios en homenaje del Profesor Jesús González Pérez, *La protección de jurídica del ciudadano*, Ed. Civitas, 1993, tome I, pp. 617 et ss.

⁸⁰⁸ P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 6^{ème} éd., 2010, p. 456.

⁸⁰⁹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.* du 13 avril 2000, p. 5646.

⁸¹⁰ Décret n° 2001-492 du 6 juin 2001, *J.O.* du 10 juin 2001, p. 9246.

⁸¹¹ « à défaut d'acte explicite, le délai est de six mois et est calculé, pour le demandeur et autres intéressés éventuels, à compter du jour suivant la date à laquelle se produit l'acte présumé, conformément à sa législation spécifique ».

⁸¹² Délai au terme duquel la décision est considérée comme définitive puisque ne pouvant plus faire l'objet d'un recours de la part du Ministère public.

plus aléatoire la prise de connaissance que la notification. Risques accentués ces dernières années eu égard au contexte de prolifération des normes juridiques⁸¹³, synonyme d'obsolescence de l'adage « *Nul n'est censé ignorer la loi* »⁸¹⁴.

279. Bien entendu, en dépit de la forclusion des délais, le justiciable dispose toujours de la possibilité de mettre en échec l'acte réglementaire irrégulier par le truchement du mécanisme de l'exception d'illégalité. Mais l'exception d'illégalité étant seulement conçue comme un moyen de défense individuelle, l'acte en question ne disparaîtra pas de l'ordonnancement juridique⁸¹⁵. Or, en matière de droits fondamentaux, la disparition *erga omnes* des actes juridiques liberticides est nettement plus souhaitable. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater que la brièveté des délais de recours contentieux en matière administrative constitue un argument régulièrement avancé pour justifier de la mise en place d'un ombudsman⁸¹⁶, dont les modalités de saisine s'avèrent généralement bien plus souples.

280. A cette limitation de l'accès au juge causée par la brièveté des délais de recours contentieux s'ajoute la persistance d'actes inattaquables.

C. L'inattaquabilité persistante d'actes attentatoires aux droits fondamentaux

281. Quand bien même le justiciable ne renoncerait pas à l'exercice de son droit à agir en justice et parviendrait à saisir le juge dans les délais, celui-ci n'est pas à l'abri de voir sa requête rejetée au motif que l'acte dont la légalité est contestée est insusceptible de recours. Thème récurrent de la littérature juridique, cette problématique, on ne peut plus connue⁸¹⁷, se révèle, de surcroît, largement balisée par de récents travaux doctrinaux⁸¹⁸. Aussi ne saurait-elle faire l'objet d'une étude exhaustive. Elle mérite néanmoins de retenir l'attention dans la mesure où l'immunité juridictionnelle dont bénéficient certains actes, en dépit de leur caractère potentiellement attentatoire aux libertés de la personne humaine, participe d'une négation du droit au juge et, dès lors, de l'insuffisance de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

⁸¹³ Sur ce phénomène de prolifération des normes juridiques, v. not. : J.-F. Barbieri, « Profusion des lois, confusion du droit », *La vie judiciaire*, 1993, n° 2467, p. 4 ; J. de Claussade, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *J.C.P. G.*, 2006, n° 12, I.121 ; V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157 ; D. Maus, « Inflation juridique et développement des normes », in L. Favoreu (Dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 357 ; J.-M. Pontier, « Pourquoi tant de normes ? », *A.J.D.A.*, 2007, p. 769 ; J.-C. Zarka, « A propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, p. 660 ; C.E., *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, La Doc. fr., coll. Etudes et documents, Paris, 2006, pp. 223 et ss.

⁸¹⁴ En ce sens, v. B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, collection connaissance du droit, Paris, 3^{ème} éd., 2010, p. 80.

⁸¹⁵ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, *op. cit.*, p. 29.

⁸¹⁶ V. par ex. : J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *op. cit.*, p. 406 ; R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », *op. cit.*, p. 688.

⁸¹⁷ L'ouvrage de référence en la matière demeure incontestablement la thèse précitée du professeur Louis Favoreu relative au déni de justice en droit public français.

⁸¹⁸ P. Binczak, *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif français. Histoire d'un paradoxe*, th. dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2000 ; T. Haas, « Les décisions insusceptibles de recours », in *Justice et cassation, l'accès au juge*, 2008, p. 110 ; D. Pollet-Panoussis, *Les actes inattaquables devant le juge administratif*, *op. cit.*

282. Certes, l'évolution du droit positif atteste d'un net recul du nombre d'actes inattaquables⁸¹⁹. Preuve en est le contrôle de plus en plus poussé en France des mesures d'ordre intérieur à caractère disciplinaire⁸²⁰, à l'origine d'un alignement du droit positif français sur le droit ibérique⁸²¹.

⁸¹⁹ Pour une étude d'ensemble de cette question en droit français, v. en part. D. Pollet-Panoussis, *op. cit.*, pp. 341-537.

⁸²⁰ Définies comme l'ensemble des actes adoptés par l'administration en vue de régir le fonctionnement interne des services administratifs (Ch. Debbasch, *Droit administratif*, Economica, Paris, 10^{ème} éd., 2011, pp. 347-348), les mesures d'ordre intérieur renvoient, d'une part, aux mesures d'organisation du service de nature générale ou individuelle, c'est-à-dire les mesures relatives à « *la vie intérieure des administrations publiques* » (M. Hauriou, « Note sur C.E., 22 février 1918, Cochet d'Hattecourt », *S.*, 1921.3.9), d'autre part, aux mesures disciplinaires, de police intérieure, intervenant dans l'école, la caserne et la prison. Bien que relevant en principe de la compétence naturelle de la juridiction administrative, de telles mesures, considérées comme ne faisant pas griefs (*De minimis non curat praetor*), bénéficiaient traditionnellement d'une immunité juridictionnelle. Or, une telle position jurisprudentielle, à l'origine d'un déni de justice fonctionnel (L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, pp. 29 et 444 et ss.), s'est rapidement révélée intenable s'agissant des mesures à caractère disciplinaire, dans la mesure où ces dernières constituent des sanctions portant atteinte aux droits et libertés des intéressés (P. Frydman, « Concl. Sur C.E. Ass., 17 février 1995, Marie-Hardouin », *Rec.*, p. 86). C'est pourquoi le juge administratif a progressivement fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une remise en cause du principe d'immunité juridictionnelle des mesures disciplinaires. Impulsée par les arrêts *Marie-Hardouin*, à travers lesquels le Conseil d'Etat reconnaît que certaines mesures disciplinaires sont susceptibles de faire grief en raison de leur nature et de leur gravité et, partant, d'être contestées dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, cette évolution jurisprudentielle s'est poursuivie avec la décision *Remli*, laquelle, tout en reprenant sa jurisprudence *Marie-Hardouin* de 1995, affirme que le seul critère de la gravité des conséquences matérielles de la décision, est regardé comme suffisant pour admettre le recours pour excès de pouvoir (C.E., 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c. Remli*, *Rec.* p. 366 ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 2090, note D. Costa). Finalement, la dernière évolution est le fruit de trois décisions d'Assemblée du 14 décembre 2007, qui, sur la base du principe posé par l'arrêt *Remli*, selon lequel la justiciabilité d'une mesure découle de la combinaison de deux critères complémentaires et non cumulatifs, que sont la nature et les effets de la mesure, proposent de formaliser une grille de lecture théorique afin de clarifier les hypothèses de justiciabilité des mesures d'ordre intérieur (C.E. Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar, Planchenault, Payet*, *Rec.* pp. 495, 475 et 498 ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 128, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; *D.*, 2008, p. 820, note M. Herzog-Evans ; *R.F.D.A.*, 2008, p. 87, concl. M. Guyomar et p. 104, concl. C. Landais). En résulte, une approche plus globale et moins casuistique permettant d'effectuer objectivement le départ entre deux catégories de mesures : « *d'une part, les mesures attaquables remplissant au moins un des deux critères de la nature ou des effets produits bénéficiant d'une présomption de justiciabilité irréfragable et, d'autre part, les mesures inattaquables, toujours au regard des deux critères ci-dessus rappelés, bénéficiant d'une présomption d'injusticiabilité simple. La "soupape de sécurité" [...] de l'incertitude juridique liée à cette présomption simple se trouve dans la condition liée à ce que ne soient pas en cause des libertés et droits fondamentaux. Aussi, la présomption d'injusticiabilité des mesures ne remplissant aucun des deux critères pourra être renversée si une liberté ou un droit fondamental est en cause* » (J.-L. Pissaloux et L. Minot, « L'évolution des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral. À propos des arrêts d'assemblée du Conseil d'Etat du 14 décembre 2007 », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 221, p. 24). De ce mouvement jurisprudentiel, il s'ensuit que, aujourd'hui, l'ensemble des mesures disciplinaires sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif dès lors que les droits fondamentaux du destinataire de la mesure sont en jeu.

⁸²¹ En Espagne, le professeur Pierre Cambot rappelle que « *nulle branche du droit [...] ne peut se dégager des contraintes que lui impose la Constitution et, aussi fermées soient-elles pour les personnes placées sous la responsabilité de l'administration compétente, les portes des prisons et des casernes espagnoles se sont toujours ouvertes pour laisser la place au droit au juge reconnu par la loi fondamentale* » (*La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, *op. cit.*, p. 427). C'est ainsi qu'en matière carcérale, la loi organique générale pénitentiaire du 26 septembre 1979 (Loi n° 1-79, *B.O.E.* du 5 octobre 1979, p. 23180) institue un juge de surveillance pénitentiaire habilité à garantir les droits des détenus. Selon les termes même du Tribunal constitutionnel, sa fonction implique « *un renforcement juridictionnel dans l'exécution des peines, [...] par l'intermédiaire d'un juge, organe indépendant du pouvoir administratif, qui contrôle les diverses phases de l'exécution et plus particulièrement, la protection des droits des détenus* » (STC 2/1987 du 21 janvier 1987, FJ 5, cité par P. Cambot, *op. cit.*, p. 428). Aussi est-il compétent pour connaître du contentieux des mesures disciplinaires. De même, en matière militaire, la loi organique du 13 avril 1989 relative à la procédure militaire (loi n° 2-89, *B.O.E.* du 18 avril 1989, p. 11118) précise que le juge militaire est compétent pour

283. Pour autant, ce mouvement de recul se révèle inachevé. En ce sens, est significative la persistance de dénis de justice de compétence en matière d'actes de gouvernement (1) et d'actes non législatifs du Parlement (2). Evidemment, « *il ne s'agit là que "d'ilots"* »⁸²². Mais des ilots difficilement concevables dans un Etat de droit.

284. Sur ce point, il importe néanmoins de préciser que les solutions varient sensiblement d'un système juridique à l'autre. Si l'inattaquabilité des actes de gouvernement et des actes non législatifs du Parlement demeure une réalité persistante en France, cette problématique s'avère, en revanche, largement étrangère à l'Espagne, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi de de régulation de la juridiction du contentieux-administratif⁸²³. Quant au Portugal, celui-ci partage, dans une certaine mesure, la problématique de l'inattaquabilité des actes de gouvernement avec la France mais se rapproche du modèle espagnol s'agissant des actes non législatifs du Parlement.

1. L'incompétence du juge français et portugais pour contrôler les actes de gouvernement

285. Si l'on entend que l'acte de gouvernement, ou acte politique sur la péninsule ibérique⁸²⁴, « *ne peut apparaître que dans les régimes consacrant un contentieux juridictionnel largement développé* »⁸²⁵, où le principe du contrôle de la légalité des actes de

connaître des mesures disciplinaires dès lors qu'elles sont de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux. Il en va ainsi de l'ensemble des sanctions privatives de liberté, y compris lorsqu'il s'agit de « simples » assignation à résidence.

Au Portugal, Rui Pinheiro, Conseiller à la Cour suprême administrative, rapporte que l'introduction de recours contentieux contre des mesures disciplinaires adoptées dans le milieu carcéral ou militaire est une chose courante. Or, ces recours sont nécessairement déclarés recevables par le juge, pourvu que les mesures contestées lèsent l'administré, c'est-à-dire altèrent négativement sa situation juridique (« Les conséquences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour le travail des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes. Rapport portugais », in *XVII^{ème} Colloque entre les Conseils d'Etat et les Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne*, [en ligne]. Disponible sur [www.gddc.pt]).

⁸²² Ph. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport français », *op. cit.*, p. 91.

⁸²³ Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*

⁸²⁴ Sans prétendre à l'exhaustivité, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Auvret-Finck, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin? », *R.D.P.*, 1995, p. 131 ; M. Baena del Alcazar, *Los actos políticos del gobierno en el derecho español*, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1978 ; R. Capitant, « De la nature des actes de gouvernement », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 99 ; E. Carpentier, « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », *R.F.D.A.*, 2006, p. 661 ; R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, p. 5 ; P. Duez, *Les actes de gouvernement*, Sirey, 1934 ; L. Favoreu, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 607 ; P. Gonzalez Salinas, « Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del gobierno », *R.E.D.A.*, 1993, pp. 493-506 ; A. Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, Dalloz, 1932 ; F. Melleray, « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1317 ; J. Moreau, « Internationalisation du droit administratif et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, Paris, 1994, p. 299 ; A. Queiró, « *Actos de governo* » e *contencioso de anulação*, Coimbra, 1970 ; C. M.M. Queiroz, *Os actos políticos no estado de direito : O problema do controle juridico do poder*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990 ; A. Saiz Arnaiz, *Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del tribunal supremo*, C.E.C., Madrid, 1994 ; P. Serrand, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, th. dactylographiée, Paris II, 1996 ; M. Virally, « L'introuvable acte de gouvernement », *R.D.P.*, 1952, p. 317.

⁸²⁵ P. Duez, *Les actes de gouvernement*, *op. cit.*, p.16.

« pure administration » est clairement admis⁸²⁶, le refus persistant du juge de connaître de cette catégorie d'acte⁸²⁷ est l'expression d'un déni de justice de compétence lié à une défaillance dans l'organisation du système juridictionnel⁸²⁸. Cela atteste ni plus ni moins d'une importante lacune de l'Etat de droit⁸²⁹. D'autant que, à la vérité, aucune justification ne permet de légitimer l'immunité juridictionnelle de ces actes « *justiciables par nature* »⁸³⁰. En France, le mobile politique ayant été abandonné par l'arrêt *Prince Napoléon*⁸³¹, la théorie des actes de gouvernement se trouve effectivement à la recherche d'un fondement depuis le Second empire. Or, si de nombreuses explications ont été avancées⁸³², aucune n'apparaît véritablement convaincante tant l'existence de ces actes est « *une anomalie choquante (...) un paradoxe (...) un archaïsme (...) une lacune, une tache dans la légalité* »⁸³³.

286. Bien entendu, il pourrait être objecté que l'acte de gouvernement ne constitue pas nécessairement ce « *monstre* »⁸³⁴ que l'on se complaît trop souvent à décrire. Susceptible de faire l'objet d'un contrôle de la part des représentants du peuple⁸³⁵, cette catégorie de normes ne présenterait, de par son objet essentiellement politique, que peu de dangers vis-à-vis des droits fondamentaux⁸³⁶. Admissible dans une large mesure, cette position se doit néanmoins d'être nuancée. Outre que le contrôle de l'activité du pouvoir exécutif par le Parlement se révèle très aléatoire en pratique⁸³⁷, le risque d'atteintes aux droits de la personne humaine ne confine pas toujours à la nullité absolue. En ce sens que, si la plupart des actes de gouvernement concernent effectivement les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et, de ce fait, n'ont *a priori* aucune incidence directe sur la situation des particuliers, certains conservent une dangerosité potentielle du point de vue des droits et libertés. Deux exemples, parmi d'autres, permettent d'étayer une telle affirmation.

⁸²⁶ En ce sens, v. F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *op. cit.*, p. 1088.

⁸²⁷ Bien entendu, l'absence de contrôle de la part du juge ne saurait signifier que les actes de gouvernements sont affranchis du respect de la légalité. En témoigne l'article 3-3 de la Constitution Portugaise en vertu duquel « *la validité des lois et des autres actes accomplis par l'État, les régions autonomes, le pouvoir local et tout autre organisme public dépend de leur conformité à la Constitution* ». En réalité, « *l'acte demeure soumis au Droit mais, le cas échéant, s'il y a illégalité, celle-ci ne pourra pas être sanctionnée* » (J. Waline, *Droit administratif, op. cit.*, p. 314).

⁸²⁸ Sur ce point, v. L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français, op. cit.*, p. 167 ; D. Pollet-Panoussis, *Les actes inattaquables devant le juge administratif, op. cit.*, p. 246.

⁸²⁹ Certains auteurs ont néanmoins avancé l'idée que les actes de gouvernement ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'Etat de droit (v. par ex. F. Salat-Baroux, « concl. sur C.E. Ass., 9 avril 1999, Mme Ba », *R.F.D.A.*, 1999, p. 56).

⁸³⁰ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français, op. cit.*, p. 232. V. également : L. Favoreu, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *R.F.D.A.*, 1987, p. 544.

⁸³¹ C.E., 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.* p. 155 ; *D.*, 1875.3.18., concl. David.

⁸³² Sur les différentes tentatives de justification des actes de gouvernement et leur caractère inopérant, v. : B. Ricou, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, tome II, *op. cit.*, pp. 544 et ss. ; P. Serrand, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, *op. cit.*, pp. 379 et ss.

⁸³³ A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd., 1957, n° 414, pp. 229-230.

⁸³⁴ R. Chapus, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *op. cit.*

⁸³⁵ Contrôle explicitement prévu par l'article 162 al. 2 de la Constitution portugaise en vertu duquel « *Il incombe à l'Assemblée de la République, dans l'exercice de ses fonctions de contrôle de veiller au respect de la Constitution et des lois et d'apprécier les actes du gouvernement et de l'administration* ».

⁸³⁶ En ce sens, v. par ex. F. Melleray, *op. cit.*, p. 1096.

⁸³⁷ V. *infra*, n° 400 et ss.

287. En premier lieu, le décret présidentiel français de promulgation des lois, considéré comme un acte de gouvernement par le Conseil d'Etat⁸³⁸, peut se révéler lourd de conséquences en cas de défaillance du Chef de l'Etat. En effet, conditionnant l'entrée en vigueur effective de la loi votée par le Parlement sur le territoire, le défaut de promulgation ou la promulgation tardive, c'est-à-dire au-delà du délai de quinze jours, sont susceptibles de léser gravement les intérêts du citoyen, spécialement lorsque la loi intéresse le développement des droits et libertés constitutionnellement garantis.

288. En second lieu, le professeur Fabrice Melleray, en dépit de sa sensibilité pour la thèse de l'absence de dangerosité des actes de gouvernement vis-à-vis des droits et libertés, concède que, dans le domaine des relations internationales, les actes de gouvernement prennent plus régulièrement la forme d'actes individuels modifiant la situation juridique de leur destinataire dans un sens défavorable aux intérêts de ce dernier⁸³⁹. On songera notamment à certaines mesures prises par les autorités diplomatiques françaises dans le cadre des relations extérieures, à l'image de la circulaire adoptée par le ministre de l'éducation nationale pendant la guerre du Golfe afin que les établissements d'enseignement supérieur ne prennent pas les inscriptions des étudiants irakiens⁸⁴⁰. Ou, encore, à certains comportements suivis par le gouvernement en matière d'exécution des accords internationaux, tels que le refus de se conformer aux obligations financières prévues par un traité⁸⁴¹.

289. C'est pourquoi il est possible d'affirmer avec le professeur Philippe Terneyre que « *parmi les actes dits de gouvernement, plusieurs sont de nature à porter atteinte à l'un des droits et libertés fondamentaux de l'homme (en tant qu'individu, que parlementaire, que personne morale...)* »⁸⁴². En cela, l'immunité juridictionnelle dont ils bénéficient participe inévitablement de l'insuffisance de la garantie juridictionnelle des droits de la personne humaine.

290. Or, c'est de manière très heureuse que l'Espagne est parvenue à mettre un terme à cette immunité juridictionnelle. Traditionnellement prévue par l'article 2 b) de la loi sur la juridiction administrative de 1956⁸⁴³, l'incompétence du juge administratif pour connaître des actes politiques a effectivement été abandonnée lors de l'adoption de la loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif, en date du 13 juillet 1998⁸⁴⁴. Inspiré de trois décisions rendues par le Tribunal suprême le 4 avril 1997⁸⁴⁵, son article 2 a), adopté en

⁸³⁸ C.E., 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, *Rec.* p. 993.

⁸³⁹ F. Melleray, *op. cit.*, p. 1096.

⁸⁴⁰ Exemple proposé par R. Chapus, *Droit administratif général*, tome I, *op. cit.*, p. 954.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 953.

⁸⁴² Ph. Terneyre, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport Français », *op. cit.*, p. 94.

⁸⁴³ Cet article disposait que les actes politiques du gouvernement, actes édictés dans le domaine de la défense du territoire national, de la sécurité intérieure de l'Etat, des relations internationales, du commandement et de l'organisation militaire, ne relèvent pas de la compétence du juge administratif. Pour une approche approfondie de l'état du droit positif avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1998, v. A.J. Porras Nadales, « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport espagnol », in L. Favoreu (Dir.), *Etudes de droit constitutionnel Franco-espagnol*, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁴⁴ Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*

⁸⁴⁵ A travers ces trois arrêts, le Tribunal suprême, après avoir rappelé l'existence, au sein de l'ordonnement juridique espagnol, d'actes politiques échappant au contrôle de légalité effectué par le juge, a considéré que, en

réaction à une crise de légitimité du pouvoir exécutif⁸⁴⁶, dispose que « *l'ordre juridictionnel administratif est compétent pour connaître des questions relatives à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, aux éléments réglés et à la réparation des conséquences dommageables des actes du gouvernement ou des conseils du gouvernement des communautés autonomes, et ce, quelle que soit la nature de ces actes* ». Déjouant ainsi le pronostic émis par Rudolf Laun, selon lequel « *la théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité* »⁸⁴⁷, le législateur espagnol a réduit la théorie des actes politiques à néant en permettant le contrôle de leurs principaux aspects et, surtout, leur soumission par le juge au respect des droits fondamentaux⁸⁴⁸. En revanche, rien de tel au Portugal et en France où la problématique de l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement conserve toute sa vivacité. Pour autant, c'est essentiellement en France où cette catégorie d'actes présente un véritable danger pour les droits et libertés des particuliers.

291. Au Portugal, en effet, bien que les actes de gouvernement soient, pour la plupart, exempts de tout contrôle de constitutionnalité, au motif qu'ils ne présentent pas un caractère normatif⁸⁴⁹, et, de ce fait, ne peuvent être annulés ni par le juge ordinaire⁸⁵⁰, ni par le Tribunal constitutionnel⁸⁵¹, ces derniers se distinguent essentiellement au regard de leur nature politique. Qu'il s'agisse du veto présidentiel, du décret présidentiel de démission du gouvernement, du décret de dissolution de l'Assemblée de la République ou, encore, du décret de démission des organes du gouvernement régional⁸⁵², la finalité poursuivie est toujours la même : l'organisation des rapports entre les pouvoirs publics. Or, tel qu'il vient de l'être souligné, cette catégorie d'actes de gouvernement ne saurait véritablement mettre en péril les droits et libertés constitutionnellement reconnus. Partant, si les auteurs les plus autorisés considèrent que certains actes politiques sont affectés d'un vice d'inconstitutionnalité tel qu'ils devraient pouvoir être déclarés inexistantes par voie d'exception par le Tribunal constitutionnel⁸⁵³, la théorie des actes de gouvernement ne

dépit de cette immunité juridictionnelle, de tels actes, compte tenu des prescriptions des articles 9 et 24 de la Constitution, peuvent être contrôlés par le juge administratif lorsque le législateur a défini les limites et conditions auxquelles ces actes sont soumis (STS du 4 avril 1997, citées par F. Melleray, *op. cit.*, p. 1094).

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 1093.

⁸⁴⁷ Rudolf Laun, cité par F. Melleray, *op. cit.*, p. 1086.

⁸⁴⁸ Pour une approche approfondie de l'état du droit positif espagnol dans le domaine des actes de gouvernement, v. en part. : R. Fernandez Valverde, « Los actos del gobierno en la ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa », in J. Garberi Llobregat, (Dir.), *La nueva ley de la jurisdiccion contencioso-administrativa. Estudio y aplicacion practica de la ley 29/1998*, Colex et ICSE, Madrid et Las Palmas, 1999, p. 61 ; J. Garberi Llobregat, « Una breve aproximacion al control jurisdiccional de los "actos politicos" en la nueva ley de la Jurisdiccion contencioso-administrativa », in *Homenaje al Profesor Dr. D. Ramon Martin Mateo, El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, tome II, Tirant lo Blanch, Valence, 2000, p. 2301 ; L. Parejo Alfonso, « Artículo 2.a) », *R.E.D.A.*, 1998, n° 100, p. 66.

⁸⁴⁹ P. Bon, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁵⁰ R. Garnier, *La démocratie portugaise*, *op. cit.*, p. 682.

⁸⁵¹ Acórdão 195/1994 du 1^{er} mars 1994, *D.R.* série II du 12 mai 1994.

⁸⁵² J.J. Gomes Canotilho et V. Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada. Artigos 108° a 296°*, vol. II, Coimbra Editora, 4^{ème} éd., 2010, p. 906.

⁸⁵³ Sur ce point, v. : J. Miranda, *Manual de direito constitucional, tomo VI, Inconstitucionalidade e garantia da constituição*, *op. cit.*, p. 176 ; J. Miranda et R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, tome III, Coimbra editora, 2005, p. 714 ; A. Queiró, « *Actos de governo* » e *contencioso de anulação*, *op. cit.*, p. 28 ; C. M.M. Queiroz, *Os actos politicos no estado de direito : O problema do controle juridico do poder*, *op. cit.*, p. 188.

présente pas, au Portugal, une véritable menace pour les droits de l'individu. D'autant que les seuls actes potentiellement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux sont, pour leur part, soumis au contrôle du juge. C'est notamment le cas des actes de convocation aux référendums et aux consultations populaires locales, pour lesquels un contrôle préventif de constitutionnalité et de légalité est imposé par l'article 115-8 de la Constitution, et, surtout, de la déclaration de l'état de siège et de l'état d'urgence, susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en raison de sa portée normative⁸⁵⁴.

292. En France, les actes de gouvernement renvoient aux actes de l'exécutif touchant, d'une part, à la conduite des relations internationales⁸⁵⁵, d'autre part, aux relations avec les autres pouvoirs publics constitutionnels⁸⁵⁶. Bien qu'ils forment une liste impressionnante⁸⁵⁷, la théorie connaîtrait un très net recul selon certains auteurs⁸⁵⁸. Initiée par le professeur Paul Duez⁸⁵⁹, cette acception idyllique de la problématique des actes de gouvernement relève plus du mythe que de la réalité. A vrai dire, l'heure est plus à « *"l'introuvable recul" de l'acte de gouvernement en droit français contemporain* »⁸⁶⁰. Car, si le recours à la technique de l'acte détachable a permis de réduire la liste des actes de gouvernement dans l'ordre international⁸⁶¹, la création du Conseil constitutionnel et la dyarchie hiérarchisée de l'exécutif sous la V^e République ont, en revanche, conduit à une extension de la liste des actes de gouvernement

⁸⁵⁴ Sur cette question, v. : V. Moreira, « Le Tribunal constitutionnel portugais : le "contrôle concret" dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 10, p. 26 ; A. Ribeiro Mendes, « Os órgãos de fiscalização da constitucionalidade : Funções, competência, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado. Relatório do Portugal », in *I conferência da justiça constitucional da ibero-américa, Portugal e Espanha*, Sala do Senado da Assembleia da República, Lisboa, 1995, p. 723).

⁸⁵⁵ Sur la base des travaux réalisés par Delphine Pollet-Panoussis, il est possible de distinguer ici : tout d'abord, les actes en liaison avec les conventions internationales, tels que la signature, la ratification ou l'approbation d'un accord international (C.E., 5 février 1926, *Dame Caraco*, Rec. p. 125) ou, encore, l'exécution, l'inexécution ou la suspension d'engagements internationaux (C.E. Ass., 18 décembre 1992, *Mhamedi*, Rec. p. 446) ; ensuite, les mesures prises par les autorités françaises dans la conduite des relations diplomatiques, à l'image de l'ordre de brouiller les émissions d'un poste radio étranger (T.C., 2 février 1950, *Soc. Radio Andorre*, Rec. p. 652) ou de l'interdiction faite aux étudiants irakiens de s'inscrire dans les établissements d'enseignement supérieur français pendant la Première guerre du Golfe (C.E., 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Rec. p. 346) ; enfin, les actes se rattachant à la conduite de la guerre, par exemple la décision du Président de la République de procéder à la reprise des essais nucléaires (C.E. Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, Rec. p. 348).

⁸⁵⁶ Toujours sur la base des travaux réalisés par Delphine Pollet-Panoussis, il est envisageable d'opérer une dichotomie entre, d'un côté, les actes de l'exécutif dans ses rapports avec le Parlement, tels que le décret présidentiel de dissolution de l'Assemblée nationale (C.E., 20 février 1989, *Allain*, Rec. p. 60), la décision de mettre en œuvre l'article 16 de la Constitution (C.E. Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. p. 143) ou le refus du gouvernement de déposer un projet de loi pourtant prévu par une loi antérieure (C.E., 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607), de l'autre, les actes de l'exécutif dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel, à l'image de la décision par laquelle le Président de la République nomme un membre du Conseil constitutionnel (C.E. Ass., 9 avril 1999, *Mme Bâ*, Rec. p. 124).

⁸⁵⁷ Pour une approche exhaustive, v. J. Auvret-Finck, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin », *op. cit.*, pp. 132-134.

⁸⁵⁸ En ce sens, v. not. : J. Auvret-Finck, *op. cit.*, p. 131 ; L. Baghestani-Perrey et M. Verpeaux, « Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement. Note sous CE (sect.) 25 septembre 1998 M. Mégrét », *R.F.D.A.*, 1999, p. 345 ; M. Cliquennois, « Variations actuelles du droit au juge », *op. cit.*, pp. 17-18 ; D. Cohen, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 116.

⁸⁵⁹ P. Duez, *Les actes de gouvernement*, *op. cit.*, pp. 167-183.

⁸⁶⁰ F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *op. cit.*, p. 1090.

⁸⁶¹ V. par ex. : J. Auvret-Finck, *op. cit.*, pp. 136-142.

dans l'ordre interne⁸⁶². Surtout, la position du juge, tant ordinaire que constitutionnel, n'a guère évolué ces dernières années. En effet, le juge administratif se considère incompetent pour contrôler la légalité des actes de gouvernement et le Conseil constitutionnel n'a pas répondu aux espoirs fondés en lui par le professeur Louis Favoreu. A savoir que près d'un demi-siècle s'est écoulé depuis la thèse du professeur aixois relative au *Déni de justice en droit public français* et le Conseil se refuse toujours à connaître des actes de gouvernement au motif, désormais classique, de sa seule compétence d'attribution⁸⁶³. Or, on l'a vu, certains de ces actes, à l'image du décret présidentiel de promulgation des lois, ne sont pas sans effets sur les droits fondamentaux. Un constat similaire peut être dressé s'agissant des actes internes du Parlement.

2. L'incompétence du juge français pour contrôler certains actes non législatifs du Parlement

293. « Les actes non législatifs du Parlement ou actes parlementaires au sens étroit [...] »⁸⁶⁴ peuvent être définis comme l'ensemble des actes, autres que la loi, adoptés par les organes du Parlement que sont, notamment, les assemblées, le Bureau, le Président et les vices-présidents, les questeurs, les secrétaires et les commissions permanentes et spéciales⁸⁶⁵. Echappant traditionnellement à l'examen du juge en raison d'une révérence de ce dernier à l'égard du principe d'autonomie du Parlement⁸⁶⁶, ces actes parlementaires ont progressivement intégré, sous la pression du paradigme de l'Etat de droit, le giron des normes soumises au contrôle juridictionnel.

294. Pour autant, si cette affirmation se révèle exacte s'agissant de l'Espagne et du Portugal, en France, il apparaît que le mouvement demeure, aujourd'hui encore, « incomplètement mené »⁸⁶⁷. Ainsi, à l'exception d'une constante résidant dans le contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées⁸⁶⁸, une disparité remarquable caractérise

⁸⁶² P. Serrand, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, op. cit., pp. 377-378.

⁸⁶³ Exception faite, néanmoins, du domaine des votations référendaires où le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent pour apprécier la licéité du décret décidant de soumettre un projet de révision de la Constitution au référendum (Cons. const., décision 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille*, Rec. p. 117, *J.O.* du 29 juillet 2000, p. 11768 ; *D.*, 2001, p. 1884, obs. R. Ghevontian ; *Petites affiches*, août 2000, n° 153, p. 20, note J.-E. Schoettl) alors qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement pour le Conseil d'Etat (C.E. 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et sieur Le Gac*, Rec. p. 279). Pour autant, comme le fait valoir le professeur Jean-Pierre Camby, « le fondement de la jurisprudence reste [...] lié à l'existence du contrôle du juge de l'élection : le raisonnement ne peut donc, en aucun cas, être transposé à tous les actes qui sont situés en dehors du cadre de ce contrôle contentieux (...) On peut donc émettre l'hypothèse que cette intrusion dans le champ des actes de gouvernement restera unique, et donc "exceptionnelle" » (« Le référendum et le droit (à propos du référendum du 24 septembre 2000) », *R.D.P.*, 2001, p. 17).

⁸⁶⁴ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 77.

⁸⁶⁵ Sur la notion d'organes parlementaires, v. en part. M.J. Alonso Mas, *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, pp 66-87.

⁸⁶⁶ L. Domingo, *Les actes internes du Parlement. Etude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006, p. 223.

⁸⁶⁷ L. Favoreu, op. cit., p. 77.

⁸⁶⁸ En France, tout d'abord, les règlements des assemblées sont obligatoirement soumis au contrôle du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 61 de la Constitution. Au Portugal, ensuite, le Tribunal constitutionnel est

l'état du droit positif ibérique et français. Tandis que l'Espagne et le Portugal font désormais preuve d'une exemplarité remarquable, en garantissant le contrôle juridictionnel de la quasi-totalité des actes non législatifs du Parlement, la France, au contraire, occupe le banc des mauvais élèves puisque, malgré une évolution indéniable du droit positif sur la question, un nombre important d'actes parlementaires continuent de bénéficier d'une immunité juridictionnelle.

295. Évidemment, on pourrait objecter que, à l'image de la problématique des actes de gouvernement, la soumission au contrôle du juge des actes parlementaires qui concernent le fonctionnement des pouvoirs publics et l'exercice de la procédure législative n'apporterait que peu de choses à l'individu⁸⁶⁹. Toutefois, outre le fait que les parlementaires ont intérêt à bénéficier d'une telle protection juridictionnelle, notamment lorsqu'ils font l'objet de sanctions infligées par le Président de l'assemblée ou par le Bureau, nombre d'actes du Parlement, tels que le refus d'admission à un concours d'administrateur des services, la décision d'une commission parlementaire de réviser les grades des officiers, les conséquences d'un accident causé par un véhicule des assemblées parlementaires, peuvent avoir des répercussions au-delà des seuls membres des assemblées⁸⁷⁰, en particulier à l'égard des droits fondamentaux de l'individu⁸⁷¹. Pour cette raison, l'exemplarité du modèle ibérique se doit d'être saluée.

296. En Espagne, les actes sans valeur de loi adoptés par le Parlement sont non seulement contrôlés par le Tribunal constitutionnel, dans le cadre du recours d'*amparo*, mais également par le juge ordinaire, depuis l'entrée en vigueur de loi du 13 juillet 1998 relative à la régulation de la juridiction du contentieux-administratif⁸⁷².

297. S'agissant, en premier lieu, du recours d'*amparo*, le contrôle des actes non législatifs du Parlement est rendu possible par l'article 42 de la L.O.T.C.⁸⁷³, en vertu duquel « les

compétent pour connaître du règlement intérieur de l'Assemblée de la République et des assemblées régionales dans le cadre de son contrôle abstrait *a posteriori* (P. Bon, *in* P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 73). En Espagne, enfin, les règlements du Congrès des députés, du Sénat et des Cortès Générales peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part du Tribunal constitutionnel dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité (contrôle abstrait *a posteriori*) ou d'une question d'inconstitutionnalité (sur ce point, v. : P. Bon, « Le Tribunal constitutionnel espagnol. Etude d'ensemble », *op. cit.*, p. 77 ; J.A Piqueras Bautista, « La infracción de los reglamentos de la camaras y la inconstitucionalidad », *in* *El Tribunal constitucional*, vol. III, Madrid, 1981, p. 2205).

⁸⁶⁹ L. Favoreu, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, pp. 123-124.

⁸⁷¹ A cet égard, le choix opéré par le législateur organique espagnol d'ouvrir le recours d'*amparo* aux actes sans valeur de loi du Parlement, recours spécialement aménagé pour la protection des droits fondamentaux, suffit à se convaincre du caractère potentiellement attentatoire de cette catégorie de norme juridique aux droits de la personne humaine.

⁸⁷² Loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*

⁸⁷³ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : M.J. Alonso Mas, *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, *op. cit.*, pp 349-448 ; E. Aranda Alvarez, *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Cuadernos y debates, Madrid, 1998, pp. 256-275 ; L. Domingo, *Les actes internes du Parlement. Etude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, *op. cit.*, pp. 256-276 ; A. Guaita Martorell, « El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los organos legislativos », *Las Cortes Generales*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 1393.

décisions ou actes sans valeur de loi émanant des Cortes ou de n'importe lequel de leurs organes ou encore des assemblées législatives des Communautés autonomes ou de leurs organes qui violent les droits et libertés susceptibles d'amparo constitutionnel peuvent être attaqués dans un délai de trois mois à partir du moment où, ainsi qu'en disposent les normes internes des chambres ou des assemblées, ils sont définitifs ». Il en résulte que l'ensemble des actes non législatifs adoptés par le Parlement peuvent être soumis à l'examen du Tribunal constitutionnel à partir du moment où ils portent atteinte à l'un des droits fondamentaux visé par l'article 53-2 de la Constitution⁸⁷⁴. Or, en ce domaine, il faut avouer que l'Espagne, en comparaison à d'autres pays européens de tradition juridique importante, occupe une position d'avant-garde⁸⁷⁵.

298. Concernant, en second lieu, le juge administratif, l'article 1-3 a) de la loi du 13 juillet 1998 intègre dans son champ de compétence le contentieux des actes non législatifs du Parlement à contenu administratif, c'est-à-dire les « *actes et dispositions en matière de personnel, administration et gestion patrimoniale soumis au droit public émanant des organes compétents du Congrès des députés, du Sénat et des assemblées législatives des Communautés autonomes* »⁸⁷⁶.

299. Au Portugal, l'immunité juridictionnelle des actes non législatifs du Parlement appartient également au passé dans la mesure où pratiquement tous les actes adoptés par l'Assemblée de la République sont susceptibles d'être contestés devant les tribunaux ordinaires⁸⁷⁷. De surcroît, le Tribunal constitutionnel est habilité à connaître, dans le cadre de son contrôle abstrait *a posteriori*, outre des règlements des assemblées, des résolutions parlementaires⁸⁷⁸. Ce faisant, le Portugal ne semble pas avoir grand-chose à envier à son voisin espagnol.

⁸⁷⁴ Sur ce point, il importe de noter que, dans un premier temps, le Tribunal constitutionnel retenait une lecture assez restrictive de l'article 42 de la L.O.T.C. en exigeant que l'acte dépourvu de valeur de loi soit, d'une part, d'effet externe, c'est-à-dire produise des effets au-delà des seules relations qui existent entre la chambre et ses propres membres, d'autre part, de portée particulière, entendue comme une décision qui dans la terminologie habituelle utilisée présente un contenu non général (ATC 183/1984 du 21 mars 1984, FJ 2). C'est de façon très heureuse que le Tribunal a abandonné ces deux critères cumulatifs de recevabilité des recours d'*amparo* introduits dans le cadre de l'article 42 de la L.O.T.C. pour retenir comme seul critère de base l'absence de valeur de loi de l'acte attaqué (ATC 118/1988 du 20 juin 1988, FJ 2).

⁸⁷⁵ M.L. Calle Meza, « Tipología de los actos parlamentarios sin valor de Ley y su control constitucional : Relaciones con la Teoría General de los Derechos Fundamentales », *R.C.C.G.G.*, 2000, n° 49, p. 171, cité par L. Domingo, *Les actes internes du Parlement. Etude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, *op. cit.*, p. 342.

⁸⁷⁶ P. Bon, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1073.

⁸⁷⁷ A. Delcamp, « L'autonomie des Parlements : réponses à un questionnaire », *Informations constitutionnelles et parlementaires*. Union interparlementaire, Association des Secrétaires Généraux des Parlements, n° 195, 1^{er} semestre 2008, pp. 28-29 ; N. Igot, A. Rezsöhazy et M. Van Der Hulst (eds.), *Parlement et pouvoir judiciaire*, Séminaire C.E.R.P.D., Bruxelles, 8-9 novembre 2007, pp. 178 et 290-291. Sachant que certains de ces actes, tels que les décisions adoptées par l'Assemblée de la République vis-à-vis de son personnel ou les marchés publics passés par le Parlement relèvent de la compétence exclusive de la Cour administrative suprême (N. Igot, A. Rezsöhazy et M. Van Der Hulst (eds.), *Parlement et pouvoir judiciaire*, *op. cit.*, pp. 248 et 250).

⁸⁷⁸ P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 73.

300. En France, au contraire, le déni de justice n'a pas disparu dans le domaine des actes non législatifs du Parlement. Afin de faciliter l'appréhension du droit positif, il est possible d'opérer une distinction entre, d'un côté, les actes non législatifs de nature constitutionnelle ou parlementaire, de l'autre, les actes non législatifs de nature administrative⁸⁷⁹.

301. Les premiers, définis comme les actes s'inscrivant dans le cadre des missions spécialement confiées au Parlement par la Constitution ou par la loi et qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par d'autres organes de l'Etat⁸⁸⁰, relèvent en principe de la compétence naturelle du Conseil constitutionnel. Néanmoins, celui-ci ne disposant que d'une compétence d'attribution, il se refuse à en connaître, exception faite, on l'a vu, des règlements des assemblées. C'est là une différence de taille par rapport à l'Espagne où le recours d'*amparo* permet le contrôle de cette catégorie d'actes parlementaires.

302. Les seconds, à savoir les actes matériellement identiques à ceux susceptibles d'être pris par d'autres services administratifs⁸⁸¹, devraient relever de la compétence naturelle du juge ordinaire. Néanmoins, ce dernier, sur la base de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁸⁸² et du principe de séparation des pouvoirs, a longtemps retenu une conception strictement organique de sa compétence – la nature administrative de l'auteur de l'acte – le conduisant à refuser de contrôler la légalité des actes adoptés par le Parlement, quand bien même ces actes présentaient une nature matériellement administrative⁸⁸³. Si cette immunité juridictionnelle intégrale a progressivement été remise en cause, le processus demeure inachevé.

303. Une première avancée résulte de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires⁸⁸⁴, dont l'article 8 prévoit deux hypothèses particulières de compétence de la juridiction ordinaire à l'égard des actes non législatifs du Parlement : d'abord, la réparation des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires ; ensuite, les litiges d'ordre individuel concernant les agents des services des assemblées parlementaires.

304. Une deuxième avancée découle d'une interprétation extensive de la lettre de l'ordonnance de 1958 par le juge administratif : bien que l'article 8 ne vise que les litiges individuels concernant les agents titulaires de l'Etat, le Conseil d'Etat s'est reconnu

⁸⁷⁹ Classification empruntée au professeur Pierre Bon (« Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », *op. cit.*, p. 1071).

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Article 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat (*J.O.* du 31 mai 1872, p. 3625), repris par l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat (*J.O.* du 1^{er} août 1945, p. 4770) : « *Le Conseil d'Etat statue souverainement [...] sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives* ».

⁸⁸³ L'arrêt *Carrey de Bellemare* illustre de façon significative cette position du juge administratif : « [...] le caractère d'acte d'administration ne suffit pas [...] pour que le conseil d'Etat soit compétent sur le recours, il faut en outre que l'acte émane d'un corps administratif (loi des 7-14 août 1790), d'une des diverses autorités administratives (loi du 24 mai 1872) et tel n'est pas le cas lorsqu'il émane de l'autorité parlementaire qui est en dehors de la hiérarchie administrative » (C.E., 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, *Rec.* p. 591).

⁸⁸⁴ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées parlementaires, *J.O.* du 18 novembre 1958, p. 10335.

compétent, non seulement pour connaître d'un litige d'ordre individuel concernant un stagiaire⁸⁸⁵ ou un candidat à un concours de recrutement du personnel des assemblées parlementaires⁸⁸⁶, mais également pour apprécier par voie d'exception la légalité du règlement intérieur de l'assemblée portant statut du personnel⁸⁸⁷.

305. Une troisième et dernière avancée, la plus significative, procède de l'arrêt du Conseil d'Etat *Président de l'Assemblée nationale*, en date du 5 mars 1999⁸⁸⁸. En ajoutant la matière des marchés publics aux deux hypothèses de compétence du juge ordinaire jusqu'alors prévues par l'ordonnance de 1958, cette jurisprudence semble se départir du traditionnel critère organique pour permettre au juge ordinaire de connaître de l'ensemble des actes non législatifs du Parlement dès lors que ces derniers ne concernent pas l'activité parlementaire des assemblées mais leur activité administrative⁸⁸⁹. Et, bien qu'une telle interprétation ne rassemble pas l'unanimité des suffrages⁸⁹⁰, il convient de reconnaître, avec le professeur Pierre Bon, que le juge administratif, en acceptant de connaître d'une hypothèse ne pouvant être rattachées à celles évoquées par l'article 8 de l'ordonnance de 1958, sous-entend que ces deux hypothèses ne sont pas limitatives et qu'il est loisible au juge d'en dégager d'autres⁸⁹¹. Interprétation confortée par les conclusions du commissaire du gouvernement Catherine Bergeal qui, à deux reprises, en appellent à une extension du contrôle des actes parlementaires au-delà de la seule lettre de l'ordonnance de 1958⁸⁹², extension synonyme d'abandon du critère organique au profit du critère matériel de la nature administrative de l'acte⁸⁹³.

306. La révolution semblait annoncée. Le législateur ne l'a pas entendu ainsi. A l'occasion de l'adoption de la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine⁸⁹⁴, ce dernier a effectivement coupé court à toute possibilité de généralisation de contrôle des actes parlementaires de nature administrative par le juge administratif. Portant modification de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958,

⁸⁸⁵ C.E. Ass., 12 janvier 1968, *Mlle Barbier*, *Rec.* p. 39.

⁸⁸⁶ C.E., 4 novembre 1987, *Assemblée nationale c. Mme Cazes*, *Rec.* p. 343 ; *A.J.D.A.*, 1988, p. 298, obs. S.S.

⁸⁸⁷ C.E., 19 janvier 1996, *Escriva*, *Rec.* p. 10.

⁸⁸⁸ C.E. Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *Rec.* p. 42 ; *R.F.D.A.*, 1999, p. 333, concl. C. Bergeal ; *D.A.*, 1999, n° 12, chron. p. 6, note A. Hacquet ; *J.C.P. G.*, 1999, n° 21, p. 976, note H. Desclodures ; *C.J.E.G.*, 1999, p. 181, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.

⁸⁸⁹ P. Bon, « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », *op. cit.*, p. 1069.

⁸⁹⁰ A ce titre, Renaud Denoix de Saint Marc considère que, en dépit de la jurisprudence *Président de l'Assemblée nationale*, « le critère organique qui jusqu'à présent dicté les décisions d'incompétence du Conseil d'Etat demeure pertinent. [...] l'on ne voit pas [...] le Conseil d'Etat transgresser la lettre même de l'ordonnance du 17 novembre 1958 » (« Le Conseil d'Etat et les "actes parlementaires" », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juges l'administration, administrer la justice*, *op. cit.*, p. 279).

⁸⁹¹ P. Bon, *op. cit.*, p. 1070.

⁸⁹² La commissaire du gouvernement affirme dans un premier temps : « nous sommes d'avis que l'existence de l'ordonnance de 1958 ne doit pas vous empêcher de vous reconnaître compétent au-delà des limites qu'elle fixe », pour, dans un second temps, préciser : « nous ne croyons pas que vous devriez vous arrêter à la circonstance que le législateur ne vous a pas expressément donné une telle compétence » (C. Bergeal, « concl. sur C.E. Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale* », *op. cit.*, pp. 337 et 339).

⁸⁹³ Sans compter que « l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale* est fiché au recueil *Lebon* comme marquant l'abandon des jurisprudences *Carrey de Bellemare* du 15 novembre 1872 et *Girard* du 31 mai 1957, deux arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat s'était refusé à connaître d'un acte non législatif du Parlement alors qu'il concernait l'activité administrative des chambres »

⁸⁹⁴ Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, *J.O.* du 2 août 2003, p. 13281.

l'article 60 de la loi du 1^{er} août 2003, s'il fait à première vue bonne figure, en inscrivant dans le marbre de l'ordonnance la solution dégagée quatre années au préalable par le Conseil d'Etat, précise que, à la suite de cette adjonction, la liste des actes parlementaires susceptibles de recours devant le juge ordinaire est désormais clause.

307. En cela, il est possible de souscrire à l'analyse du professeur Pierre Bon selon laquelle le déni de justice se trouve désormais institutionnalisé⁸⁹⁵. Plus largement, il est permis d'affirmer que, à l'heure actuelle, bénéficient d'une immunité juridictionnelle la quasi-totalité des actes non législatifs du Parlement de nature constitutionnelle et législative et un nombre encore conséquent d'actes parlementaires de nature administrative. Il s'agit là d'une importante lacune du système juridictionnel français de garantie des droits fondamentaux. Sans compter que, à ce refus du juge de contrôler les actes de gouvernement et les actes non législatifs du Parlement, s'ajoute l'exclusion de certaines catégories de droits des voies de recours spécialisées dans la protection des droits fondamentaux.

D. L'exclusion de certaines catégories de droits des voies de recours spécialisées dans la protection des droits fondamentaux

308. Tel qu'il a été mis en avant précédemment, l'importance attachée aux droits fondamentaux au sein des démocraties contemporaines a conduit la France, l'Espagne et le Portugal à mettre en place des voies de recours spécialement aménagées pour en assurer l'effectivité. Le problème est que ces systèmes de garantie juridictionnelle renforcée ne bénéficient pas à l'ensemble des droits et libertés de valeur supralégislative. Une telle entrave à l'accès au prétoire du juge spécialisé dans la protection des droits fondamentaux, qui ne concerne pas le mécanisme français de la question prioritaire de constitutionnalité⁸⁹⁶, s'exprime avec une acuité particulière dans le domaine des droits économiques et sociaux, en tête desquels les droits-sociaux créances, c'est-à-dire les droits de valeur supralégislative mettant à la charge de l'Etat une obligation d'intervention positive en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine, d'ordres à la fois matériel et intellectuel⁸⁹⁷. Par conséquent, quand bien même les personnes les plus démunies parviendraient à saisir le juge, certains de leurs droits les plus élémentaires ne trouveraient pas

⁸⁹⁵ P. Bon, *op. cit.*, p. 1076.

⁸⁹⁶ La formule « *droits et libertés que la Constitution garantit* », retenue par l'article 61-1 de la Constitution, se révèle suffisamment large pour permettre au Conseil constitutionnel d'intégrer l'ensemble des dispositions du bloc de constitutionnalité relatives aux droits de la personne humaine dans le cadre des normes de référence de son contrôle. Evidemment, un risque réside dans le choix d'une interprétation jurisprudentielle restrictive de cette disposition. Toutefois, tel ne semble pas être le cas dans la mesure où l'ensemble des déclarations de droits formant le bloc de constitutionnalité, dont le Préambule de la Constitution de 1946, principale source des droits-crédances au sein de l'ordonnement juridique français, ont trouvé à s'appliquer dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. C'est ainsi que, dans sa décision du 29 avril 2011, le Conseil a accepté de contrôler la conformité du 2^o de l'article L. 821-2 du code de la sécurité sociale, prévoyant que l'allocation aux adultes handicapés est versée à toute personne qui n'a pas occupé d'emploi depuis une durée fixée par décret, par rapport à l'alinéa 11 du Préambule de 1946, consacrant le droit à la protection sociale (Cons. constit., décision 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T.* [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé], *J.O.* du 30 avril 2011, p. 7536).

⁸⁹⁷ L. Gay, *Les « droits-crédances » constitutionnels*, Bruylant, coll. de droits public comparé et européen, Bruxelles, 2007, p. 13.

à bénéficier des voies de protection juridictionnelle spécialement aménagées pour la protection des droits et libertés.

309. Sur la péninsule ibérique, cette situation résulte de la lettre même de la Constitution. Ainsi, au Portugal, l'article 20 alinéa 5 de la Constitution, en précisant que pour « *défendre les droits, libertés et garanties personnelles, la loi assure aux citoyens des procédures judiciaires caractérisées par leur rapidité et leur priorité [...]* », exclue du champ d'application de cette procédure sommaire l'ensemble des autres droits constitutionnellement garantis que sont les droits libertés et garanties de nature politique, les droits libertés et garanties des travailleurs et les droits et devoirs économiques sociaux et culturels⁸⁹⁸.

310. En Espagne, l'article 53 alinéa 2 de la norme suprême limite le bénéfice de l'*amparo* ordinaire aux droits fondamentaux prévus par les articles 14 à 29 de la Constitution, auxquels s'ajoute, dans le cadre du recours d'*amparo* constitutionnel, l'objection de conscience, consacrée par l'article 30 du texte constitutionnel. En somme, seuls les droits-libertés classiques, c'est-à-dire les libertés individuelles et les libertés collectives, exception faite, parmi les libertés individuelles, du droit de propriété, reconnu par l'article 33 de la Constitution, sont appelés à bénéficier de la procédure d'*amparo*⁸⁹⁹. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater que le déficit de protection des droits-créances qui en résulte constitue un argument régulièrement avancé par la doctrine pour justifier de la nécessité du Défenseur du Peuple au sein de l'ordonnement juridique espagnol⁹⁰⁰.

311. Même si, il est vrai, le Tribunal constitutionnel s'est efforcé de développer une jurisprudence relativement flexible de nature à favoriser l'extension du recours d'*amparo* aux droits et libertés normalement exclus de son champ d'application. Aussi a-t-il admis, d'une part, l'incorporation d'un droit en principe étranger au domaine d'application de cette procédure spéciale dans le contenu d'un droit susceptible d'*amparo*, d'autre part, l'instrumentalisation d'un droit transversal couvert par le mécanisme d'*amparo* afin d'étendre son régime de protection renforcée à un droit de deuxième ou troisième rang. Dans cette dernière hypothèse, principalement deux droits fondamentaux sont privilégiés : le droit à l'égalité et le droit à la protection juridictionnelle effective⁹⁰¹.

312. Le droit à l'égalité parce que, en tant que pièce maîtresse sur l'échiquier des droits fondamentaux, il constitue une condition d'exercice de l'ensemble des droits et libertés

⁸⁹⁸ J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 419 ; J. Miranda et R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, *op. cit.*, p. 204.

⁸⁹⁹ A noter toutefois que le droit à l'éducation, proclamé par l'article 27 de la Constitution, est couvert par le mécanisme de l'*amparo*. Cette exception à l'exclusion des droits prestataires du champ d'application des procédures spécialisées dans la protection des droits fondamentaux peut s'expliquer en raison du fait que l'article 27 de la Constitution garantit corrélativement la liberté de l'enseignement.

⁹⁰⁰ G. Escobar, « Las defensorías del pueblo y la protección de los derechos humanos », *op. cit.*, p. 122 ; J. Ruiz-Gimenez Cortes, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *Las Cortes Generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 316.

⁹⁰¹ Sur ces questions, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 119-121.

constitutionnellement garantis⁹⁰². Partant, il permet d'ouvrir les portes du recours d'*amparo* à un droit qui en est normalement exclu, dès l'instant où ce dernier fait l'objet d'une rupture du principe d'égalité dans son application.

313. Quant au droit à la protection juridictionnelle effective, proclamé par l'article 24 de la Constitution, il suffit que le juge ordinaire méconnaisse la portée d'une disposition constitutionnelle relative aux droits et libertés de la section 2 du chapitre II ou du chapitre III pour que le requérant puisse arguer devant le Tribunal constitutionnel qu'a été méconnu un tel droit⁹⁰³. De sorte que, à travers le prisme de l'article 24, le Tribunal constitutionnel peut se déclarer compétent pour connaître d'erreur d'appréciation du juge ordinaire à l'égard des droits et libertés pourtant étrangers au champ d'application de l'*amparo* constitutionnel⁹⁰⁴.

314. S'agissant de la France, l'exclusion de certains droits et libertés du champ d'application de la procédure de référé-liberté résulte, à la différence des voisins espagnol et portugais, d'un processus herméneutique d'interprétation de la notion de « *liberté fondamentale* » consacrée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁹⁰⁵. En ce sens que, largement inconnue du droit administratif lors de l'entrée en vigueur de la réforme des procédures d'urgence en 2000⁹⁰⁶, cette notion a donné lieu à un vaste mouvement jurisprudentiel consistant à déterminer les droits et libertés susceptibles de bénéficier de cette voie de recours spécialement aménagée pour la protection des libertés fondamentales. Or, une étude sommaire de ce mouvement jurisprudentiel permet de constater que, si le juge administratif se montre enclin à opérer une interprétation relativement large du concept de liberté fondamentale, puisqu'il y inclut non seulement la plupart des droits-libertés classiques, tant individuels⁹⁰⁷ que collectifs⁹⁰⁸, mais également bon nombre de principes consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946, parmi lesquels le droits d'asile⁹⁰⁹, les droits-créances sont rarement considérés comme des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. En effet, bien que le Conseil d'Etat se soit refusé d'exclure par

⁹⁰² F. Mélin-Soucramanien, « Le droit à l'égalité », in L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 980.

⁹⁰³ P. Cambot, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : la notion », in L. Gay, E. Mazuyer et D. Nazet-Allouche (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 124.

⁹⁰⁴ v. part ex. : STC 78/1982 du 20 décembre 1982, *B.O.E.* du 15 janvier 1983 ; STC 199/1996 du 3 décembre 1996, *B.O.E.* du 3 janvier 1997.

⁹⁰⁵ Sur cette problématique, le lecteur pourra utilement se référer aux travaux de : L. Favoreu, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif devant le juge des référés », *D.*, 2001, p. 1739 ; G. Glénard, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *A.J.D.A.*, 2003, p. 2008 ; M. Guyomar et P. Collin, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », *A.J.D.A.*, 2001, p. 153 ; E. Sales, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », op. cit., p. 207.

⁹⁰⁶ S. Pugeault, « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », op. cit., p. 409.

⁹⁰⁷ Pour ne donner que quelques exemples, le juge administratif a reconnu le caractère de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative à la liberté d'aller et venir (C.E. Ord., 2 avril 2001, *Ministre de l'intérieur c. Consorts Marcel*, *Rec.* p. 167), à la liberté d'opinion (C.E. Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Rec.* p.108) ou, encore, à la libre disposition pour un propriétaire de ses biens (C.E. Ord., 23 mars 2001, *Société Lidl*, *Rec.* p.154).

⁹⁰⁸ C'est par exemple le cas de la liberté syndicale (C.E. Ord., 18 octobre 2001, *Syndicat départemental Interco 33 CFDT*, req. n° 239082) et du droit de grève (C.E., 9 décembre 2003, *Aguillon*, *Rec.* p. 497) .

⁹⁰⁹ C.E. Ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, *Rec.* p. 12 ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 589, note J. Morri et S. Slama.

principe cette catégorie de droits du champ du référé-liberté⁹¹⁰, la qualité de liberté fondamentale a été écartée pour un certain nombre de droits prestataires, tels que le droit à un logement décent⁹¹¹ ou le droit d'obtenir un emploi⁹¹².

315. Certes, la jurisprudence la plus récente semble disposée à reconnaître une place plus importante aux droits-créances dans le domaine du référé-liberté. Initiée en matière d'asile, avec une ordonnance du 23 mars 2009 affirmant que « *la privation du bénéfice des mesures prévues par la loi afin de garantir aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur leur demande est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale* » au droit d'asile⁹¹³, cette « "percée" des droits-créances dans le champ des libertés fondamentales invocables en référé-liberté »⁹¹⁴ a récemment gagné le domaine du droit à l'éducation. A l'occasion d'une ordonnance en date du 15 décembre 2000, le Conseil d'Etat a effectivement jugé que « *la privation pour un enfant, notamment s'il souffre d'un handicap, de toute possibilité de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée, selon les modalités que le législateur a définies afin d'assurer le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative* »⁹¹⁵. Aussi a-t-il confirmé, en l'espèce, l'ordonnance du Tribunal administratif de Marseille du 19 novembre 2010 enjoignant à l'administration d'affecter une auxiliaire de vie scolaire à un enfant handicapé afin de lui permettre de poursuivre une scolarisation effective. Toujours est-il que, malgré ces avancées salutaires, l'accessibilité au juge spécialisé dans la protection des droits fondamentaux demeure assez aléatoire lorsque sont concernés les droits-sociaux créances.

⁹¹⁰ En ce sens, le commissaire du gouvernement Isabelle de Silva a expressément affirmé : « *L'approche que nous vous proposons ne se fonde donc pas sur une opposition entre "droits" et "libertés", et pas davantage sur une exclusion par principe des droits qualifiés de "droits-créances"* » (« concl. sur C.E. Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Tliba* », *R.F.D.A.*, 2002, p. 330).

⁹¹¹ C.E. Ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, *Rec.* 168 ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 818, note E. Deschamps. Il convient néanmoins de souligner que le raisonnement du Conseil d'Etat s'inscrit dans la continuité logique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel préférant la qualité d'objectif à valeur constitutionnelle à celle de droit constitutionnel s'agissant de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent (Cons. const., décision 94-359 DC du 19 janvier 1995, *op. cit.*).

⁹¹² Comme le souligne Laurence Gay, si l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, relatif au droit à l'emploi, a pu être interprété par le juge administratif comme une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du Code de justice administrative, à chaque fois il était entendu comme une formulation de la liberté du travail (*Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, pp. 515-516).

⁹¹³ C.E. Ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Gaghiev et M^{me} Gaghieva*, *Rec.* p. 789 ; *A.J.D.A.*, 2009, p. 679, Z. Aït-El-Kadi. Pour des confirmations, v. : C.E. Ord., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Panokheel*, *Rec.* p. 446 ; *D.*, 2010, p. 2918, point de vue S. Slama et C. Pouly ; *A.J.D.I.*, 2011, p. 421, chron. F. Zitouni ; C.E. Ord., 22 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Sidy Sonko*, req. n° 344373 ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 2285, note S. Brondel.

⁹¹⁴ X. Domino et A. Bretonneau, « Dix ans d'urgences », *A.J.D.A.*, 2011, p. 1372.

⁹¹⁵ C.E. Ord., 15 déc. 2010, *Ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative c/ Epoux Peyrilhe*, *Rec.* p. 500 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 858, note P.-H. Prélot ; *D.*, 2011, p. 1126, note Y. Dagorne-Labbe ; *R.D.S.S.*, 2011, p. 176, obs. R. Fontier.

316. En définitive, le droit fondamental au juge, bien qu'explicitement consacré par la France et les pays ibériques, se révèle régulièrement battu en brèche dans la pratique. L'existence de facteurs dissuasifs d'exercice du droit au recours, la brièveté des délais de recours en matière de contentieux administratif, la persistance d'actes inattaquables et l'exclusion de certaines catégories de droits des voies de recours spécialisés dans la protection des droits et libertés sont autant d'éléments entravant l'accessibilité au prétoire du juge et, dès lors, l'effectivité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. A n'en pas douter, c'est là un premier élément plaidant en faveur de la mise place d'un ombudsman spécialisé, lequel se distingue, à l'inverse du juge, par des modalités d'accès caractérisées par la souplesse et l'informalité. Cette nécessité de recourir à l'ombudsman se trouve renforcée au regard du déficit d'efficacité affectant la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

§ 2. L'efficacité relative du contrôle opéré par le juge

317. Si la France et les pays ibériques se sont constamment efforcés de remédier aux imperfections affectant les mécanismes juridictionnels de garantie des droits et libertés, force est de reconnaître qu'un certain nombre de lacunes persistent en la matière, de sorte que, lorsque le juge a été saisi et s'est déclaré compétent pour connaître d'un recours, l'efficacité de son contrôle n'est pas pour autant assurée. Consistant en l'annulation des mesures portant atteintes aux droits et libertés constitutionnellement garantis, ce contrôle, essentiellement correctif, ne laisse pas beaucoup de place à l'innovation et, en conséquence, se révèle inadapté à certaines exigences des droits de la personne humaine (A). Par ailleurs, lorsqu'il trouve à s'exercer, le contrôle correctif souffre d'un certain nombre de défaillances préjudiciant à son effectivité (B).

A. Un contrôle essentiellement correctif inadapté à certaines exigences des droits fondamentaux

318. Contrairement à une idée largement admise, il n'est pas évident que le recours juridictionnel soit dans tous les cas le mécanisme le plus adapté pour garantir l'effectivité des droits et libertés⁹¹⁶. En effet, présentant des infirmités congénitales évidentes, le contrôle opéré par le juge ne permet pas toujours de répondre aux exigences des libertés fondamentales. Principalement trois facteurs illustrent ce phénomène : tout d'abord, l'incapacité du juge à prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux (1), ensuite, la difficulté qui est la sienne à assurer la concrétisation des droits-sociaux créances (2), enfin, le dépassement délicat du strict contrôle de légalité, pourtant nécessaire en certaines hypothèses, en vue d'intégrer des considérations d'équité dans le cadre de ses décisions de justice (3).

⁹¹⁶ V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 24.

1. L'incapacité du juge à prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux

319. « Par définition, le juge ne peut statuer que lorsqu'il est saisi et intervient "a posteriori". Or, en matière de libertés publiques, cela signifie qu'il exerce son contrôle après que la violation ait été commise ; c'est cette violation qui sera à la saisine de la juridiction »⁹¹⁷. Un peu plus de quarante années se sont écoulées depuis l'écriture de ces lignes par le professeur Michel Dran sans que les choses n'aient véritablement évoluées. Excepté le développement d'une procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois en France et au Portugal, synonyme de prévention des atteintes aux droits et libertés, « l'action de la justice [demeure] le dénouement d'un drame qui s'est noué avant qu'elle ait à intervenir »⁹¹⁸. Toutefois, comment pourrait-il en être autrement ? Cette situation, dont le juge n'est évidemment pas responsable⁹¹⁹, s'avère inhérente à la fonction juridictionnelle. Elle tient à la nature même du contrôle opéré par le juge, lequel, inerte de sa nature⁹²⁰, ne peut prendre vie qu'à la double condition que, d'une part, une atteinte soit effectivement portée aux droits et intérêts légitimes du justiciable et que, d'autre part, ce dernier ne renonce pas à l'exercice de son droit d'agir en justice. D'un tel constat, il s'ensuit que même le meilleur des juges ne peut qu'intervenir *a posteriori* sur des situations déjà détériorées⁹²¹. En conséquence, la garantie juridictionnelle s'inscrit, pour l'essentiel, dans un processus d'annulation des actes attentatoires aux droits fondamentaux et de réparation des atteintes portées à ces derniers⁹²² ; réparations prenant, généralement et dans la meilleure des hypothèses, la forme d'une « opération compensatoire qui n'atteindra en rien le résultat initialement recherché, la *restitutio in integrum* restant presque toujours du domaine de l'utopie »⁹²³.

⁹¹⁷ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, op. cit., p. 551.

⁹¹⁸ G. Berger, « Juges, avocats, plaideurs, accusés, Notes psychologiques », in *La justice*, Centre de sciences politiques de Nice, P.U.F., 1961, p. 229.

⁹¹⁹ M. Dran, op. cit., p. 552.

⁹²⁰ Par définition, le juge ne saurait, en effet, se saisir d'office. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que précise le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC *Société Pyrénées services et autres*, en date du 7 décembre 2002. Après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », le Conseil constitutionnel affirme : « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité » (Cons. constit., décision 2012-286 du 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres* [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire], J.O. du 8 décembre 2012, p. 19279).

⁹²¹ G. Braibant, N. Questiaux, C. Wiener, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, op. cit., p. 45.

⁹²² En ce sens, v. par ex. L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 104.

⁹²³ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, op. cit., p. 130. Dans un sens identique, v. M. Aroso de Almeida, « Considerações sobre o novo regime do contencioso administrativo », in *A reforma da justiça administrativa*, op. cit., p. 17.

320. Mais si le juge n'est effectivement pas responsable de l'incapacité qui est la sienne à prévenir la violation des droits et libertés, cette déficience, déjà constatée par Hans Kelsen⁹²⁴, n'en témoigne pas moins d'une grave lacune de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Non pas que le contrôle *a posteriori* exercé par le juge soit inutile, bien au contraire⁹²⁵, mais que celui-ci se révèle insuffisant à lui seul pour garantir la pleine effectivité des droits de la personne humaine. Car, « *considéré en lui-même, l'exercice d'un droit ou d'une liberté est une chose originale et unique, une chance qui ne se présentera qu'une fois et ne se reproduira plus jamais. Lui porter atteinte ou la méconnaître, c'est lui donner un coup fatal et, en quelque sorte, irréparable* »⁹²⁶. En ce sens, Maryelle Joliot rapporte que « *si l'on peut [...] démolir un immeuble indûment édifié, on ne peut faire revivre des arbres centenaires arrachés pour édifier une construction autorisée par l'administration, reconstituer un site naturel détruit, pas plus qu'on ne peut effacer la privation de liberté de celui qui a été l'objet d'un internement administratif illégal, ou permettre une réunion ou une manifestation en annulant quatre années après l'arrêté qui l'avait interdite* »⁹²⁷.

321. Entretenu par le contexte actuel de lenteur de la justice, de tels dangers liés à l'incapacité du juge à dépasser la seule fonction répressive des violations des droits fondamentaux semblent néanmoins susceptibles d'être atténués par l'existence, en France et sur la péninsule ibérique, de procédures d'urgence permettant au juge administratif de faire cesser, dans un laps de temps très bref, les atteintes portées aux droits fondamentaux. Pour autant, outre que ces procédures ne bénéficient pas à l'ensemble des droits fondamentaux, l'intervention du juge, aussi rapide soit-elle, ne saurait compenser l'exercice d'un contrôle de type préventif. Sanctionnées dans les plus brefs délais, les violations n'en ont pas moins été commises.

322. C'est pourquoi, seul un contrôle préventif, impliquant une intervention avant que l'atteinte ne soit portée, apparaît à même de garantir une parfaite sauvegarde des droits de la personne humaine. Chose que la protection offerte par le juge ne peut accomplir, si ce n'est, tel qu'il a été souligné, dans le cadre des systèmes de justice constitutionnelle consacrant une procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois. Mais, dans cette dernière hypothèse également, les violations des libertés fondamentales émanant des individus ou des autorités administratives demeurent sanctionnées *a posteriori*. Cette incapacité du juge à prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux, traduction de l'inadaptation de la garantie juridictionnelle à certaines exigences des droits de la personne humaine, se double d'une difficulté à assurer la concrétisation des droits-créances.

⁹²⁴ Hans Kelsen souligne effectivement dans sa *Théorie pure du droit* que les interdictions de porter atteinte aux droits fondamentaux par des lois « *ne consistent pas pour l'essentiel à imposer à l'organe législatif des obligations juridiques de ne pas édicter de telles lois, mais à prévoir que si de telles lois sont édictées, elles pourront se voir annuler pour motif "d'inconstitutionnalité" par une procédure particulière prévue à cette fin* » (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 145).

⁹²⁵ Le professeur Michel Dran rappelle à ce titre que le rôle du juge « *s'avère indispensable et remarquablement efficace, dans la mesure où la sanction de la violation d'une liberté empêche dans l'avenir que de nouvelles atteintes lui soient portées, la censure du juge servant d'exemple et ayant un aspect normatif, préservatif et protecteur indéniable* » (*Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques, op. cit.*, p. 552).

⁹²⁶ *Ibid.*, pp. 551-552.

⁹²⁷ M. Joliot, *op. cit.*, p. 186.

2. La difficulté du juge à garantir la concrétisation des droits-créances

323. Classiquement présentés comme des droits de la deuxième génération⁹²⁸, les droits-créances s'inscrivent en réaction à l'insuffisance des droits et libertés consacrés par les déclarations de droits fondatrices⁹²⁹. Leur apparition, en parallèle à la première génération de droits⁹³⁰, résulte des critiques adressées par les penseurs socialistes⁹³¹ et marxistes⁹³² du XIX^{ème} siècle à l'adresse de la conception foncièrement libérale et individualiste de ces grands textes fondateurs de nos régimes démocratiques⁹³³. Karl Marx, en particulier, s'attache à démontrer, dans un contexte de paupérisation de la classe ouvrière, que les droits consacrés par la Révolution française « [...] ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la

⁹²⁸ Sur ce point, il convient toutefois de souligner que si la grande majorité de la doctrine distingue classiquement trois générations de droits et libertés (droits-libertés classiques ; droits économiques et sociaux et droits de solidarité), certains auteurs préfèrent en distinguer quatre. C'est par exemple le cas du professeur Pierre Bon qui propose le découpage suivant : « Les droits que l'on peut qualifier de droits de la première génération correspondent aux libertés classiques à caractère individuel [...]. Les droits que l'on peut qualifier de droits de la seconde génération correspondent aux libertés classiques à caractère collectif [...]. Par droits de la troisième génération, on entend les droits économiques, sociaux et culturels qui ne sont plus des "droits de..." mais des "droits à...", c'est-à-dire des droits de créance [...] Enfin, à l'heure actuelle, apparaissent ce que l'on pourrait appeler des droits de la quatrième génération et qui sont liés aux progrès de la science [...] » (« Les droits et libertés en Espagne éléments pour une théorie générale », in *10 ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, op. cit., p. 50). Permettant de distinguer, au sein de la catégorie des droits économiques et sociaux, les droits impliquant une abstention de la part de la puissance étatique de ceux postulant, au contraire, une intervention de cette dernière, cette classification semble faire écho à la critique formulée par le professeur Jean Rivero à l'adresse de la terminologie « droits-sociaux » : « [...] il y a le problème des droits que l'on appelle, selon une formule que je n'aime pas beaucoup, les droits sociaux – je ne l'aime pas beaucoup parce qu'en un sens, tous les droits sont sociaux, tous les droits sont vécus dans et par la Société. Je ne l'aime pas beaucoup non plus parce que dans les droits sociaux, il y a, à mes yeux, deux catégories de droits qui juridiquement sont différents : d'une part des libertés [...] et, d'autre part, les droits créances, les pouvoirs d'exiger de la Société un certain nombre de prestations positives » (« La loi et les droits fondamentaux », op. cit., p. 171).

⁹²⁹ V. par ex. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 56 et ss.

⁹³⁰ Une idée reçue laisse penser que les générations de droits se sont succédées dans le temps, comme si chaque génération postulait d'une réaction à la génération précédente. Si une telle affirmation n'est pas inexacte, elle se doit d'être relativisée car, d'une part, la génération d'inspiration libérale ne s'est pas achevée avec la fin du XVIII^{ème} siècle et, d'autre part, la génération d'inspiration sociale s'est construite en parallèle de la première génération de droits. Ainsi la Constitution française du 24 juin 1793 faisait déjà référence au droit à l'instruction, à l'assistance sociale et au travail (sur ces questions, v. not : « La crítica de la percepción filosófico-normativa : la tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos » in G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías : elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, coll. Estructuras y procesos : Serie Derecho, Madrid, 2007, p. 79 ; L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., pp. 36 et ss.).

⁹³¹ Sur les critiques socialistes du XIX^{ème} siècle, v. : L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., pp. 23 et ss. ; C.M. Herrera, « Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social », *R.U.D.H.*, 2004, p. 34.

⁹³² K. Marx, *La question juive*, 1843. Pour une approche synthétique de la conception Marxiste des droits de l'homme et, plus largement, du droit, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit., pp. 93 et ss. ; J. Ellul, *La pensée marxiste. Cours professé à l'Institution d'études politiques de Bordeaux de 1947 à 1979*, La table ronde, coll. Contretemps, Paris, 2003, pp. 206 et ss. Pour une vision critique, v. J. Rawls, *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, trad. B. Guilleme, La découverte/poche, Paris, 2008, pp. 240 et ss.

⁹³³ La première génération des droits de l'homme remonte aux premières grandes déclarations que sont le Bill of right et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lesquelles reconnaissent deux grandes catégories de libertés : d'un côté, la liberté autonomie, ou liberté civile, de l'autre, la liberté participation, ou liberté politique (Sur ces questions, v. G. Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, op. cit., pp. 51-61).

collectivité »⁹³⁴. En somme, des libertés plus formelles que réelles ne profitant qu'à quelques-uns. Prenant ainsi le contre-pied des intellectuels libéraux, pour lesquels l'idée même de droits-créances, largement utopique, ne peut que conduire à la ruine des droits-libertés classiques⁹³⁵, les penseurs socialistes, clairement animés par des préoccupations d'égalitarisme, prônent une intervention de l'Etat dans le domaine économique et social en vue de satisfaire un certain nombre de conditions matérielles d'existence indispensables à la concrétisation réelle de la liberté.

324. Ce faisant, l'observateur ne sera guère surpris de constater qu'à l'opposition droits-libertés/droits-créances correspond une opposition idéologique sur la conception même de l'Etat. Et, à l'évidence, il convient de reconnaître que les contradictions sont légions entre ces deux générations de droits que tout semble opposer. D'un côté, c'est la volonté de préserver la liberté de l'individu, par l'exclusion de l'Etat de la sphère individuelle privée, de l'autre s'exprime un souci de satisfaire un certain nombre de besoins matériels de l'homme, impliquant l'intervention active de l'Etat dans la vie des citoyens⁹³⁶. Transparaît ici la dichotomie classique, inspirée de la trilogie des *status* de Georg Jellinek⁹³⁷, entre « droits de... », c'est-à-dire les libertés individuelles et collectives impliquant une abstention de la part de l'Etat, et « droits à... », à savoir les droits-créances postulant une intervention positive de la puissance publique.

325. Pour autant, si l'on ne saurait nier ou minimiser le risque de conflits entre ces deux catégories de droits, il importe de se départir de ces oppositions idéologiques caricaturales⁹³⁸.

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 62.

⁹³⁵ Friedrich Hayek, notamment, se veut particulièrement critique à l'adresse des droits économiques et sociaux. Au nom d'un libéralisme intransigeant, il renvoie l'idée même de justice sociale au rang des pires illusions (*Los fundamentos de la libertad* (1959), trad. J.V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 3^{ème} éd., 1975, p. 350 et ss. ; pour une approche synthétique, v. L. Ferry et A. Renaut, « Droits-libertés et droits-créances. Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, 1985, n° 2, p. 75).

⁹³⁶ J. Rivero, *Les libertés publiques*, tome I, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1973, p. 85.

⁹³⁷ Pour comprendre la trilogie établie par Georg Jellinek, il convient de partir du postulat que les droits fondamentaux, en tant que droits subjectifs offrant une capacité juridique d'agir à leurs bénéficiaires, produisent des effets différents selon la catégorie de droits considérée. De sorte que chaque grande catégorie de droits identifiée par Jellinek reflète un type particulier de rapports entre l'Etat et l'individu. L'auteur est ainsi conduit à dégager trois catégories de *status* : le *status negativus*, le *status positivus* et le *status activus*. Le *status negativus*, tout d'abord, renvoie à une sphère de liberté de l'individu qui est protégée contre les immixtions de l'Etat. Ce *status* implique donc une abstention de l'Etat par rapport à l'individu, tendant à révéler le caractère défensif des droits fondamentaux. Les droits correspondant à ce *status* sont alors qualifiés de « droits de... ». Peuvent par conséquent être rattachés à cette catégorie l'ensemble des droits-libertés. Le *status positivus*, ensuite, traduit la capacité de l'individu à exiger quelque chose de l'Etat. Les droits fondamentaux qui en résultent revêtent cette fois-ci un caractère prestataire, une action positive de la part des pouvoirs publics, et non plus une abstention. Aussi sont-ils généralement qualifiés de « droits à... », de droits-créances. Le *status activus*, enfin, assure aux individus la possibilité de participer aux activités politiques au sein de l'Etat. On trouve ici l'expression de la liberté active, participative (pour des études approfondies des travaux du théoricien Allemand, le lecteur pourra utilement se référer à : G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2^{ème} éd., 1905 ; O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *R.U.D.H.*, 2004, p. 6 ; W. Pauly, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in O. Jouanjan (Dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 293 ; L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, th. dactylographiée, Faculté de droit et des sciences humaines, Université de Caen, 1999, pp. 59-96).

⁹³⁸ En ce sens, v. G. Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, *op. cit.*, p. 65.

326. *Primo*, la distinction entre « droits de... » et « droits à... » n'est pas aussi tranchée qu'elle n'y paraît, dans la mesure où, d'une part, l'effectivité des droits-libertés est parfois conditionnée par une action positive des pouvoirs publics, ne serait-ce que pour en préciser le régime⁹³⁹ ou assurer leur effectivité dans le cadre des relations entre personnes privées⁹⁴⁰, d'autre part, l'élément défensif et l'initiative individuelle peut accompagner le sujet titulaire d'un droit-créance⁹⁴¹.

327. *Secundo*, la doctrine⁹⁴², voire la jurisprudence⁹⁴³, s'accorde désormais pour affirmer que les droits-créances procèdent davantage d'une recherche de complémentarité que de remise en cause des droits-libertés classiques. En ce sens que, dans bien des hypothèses,

⁹³⁹ Sur ce point, v. : P. Bon, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », in L. Gay, E. Mazuyer, D. Nazet-Allouche (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, op. cit., p. 144 ; J.L. Cascajo Castro, « La crítica de la percepción dogmática : la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos », in G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías : elementos para una reconstrucción*, op. cit., p. 83 ; L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., pp. 151-169 ; L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, op. cit., pp. 15 et ss. et 259 et ss. ; Tomas-Ramon Fernandez, « Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos », *Revista de derecho político*, 1982, n° 15, p. 23-24.

⁹⁴⁰ D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., pp. 157 et 254 et ss.

⁹⁴¹ Un exemple topique est donné par le droit fondamental à la protection de la santé. Droit carrefour susceptible de produire des effets à la fois négatifs et positifs, celui-ci postule non seulement une action sanitaire positive de l'Etat, mais également l'interdiction d'une ingérence des pouvoirs publics dans la sphère individuelle privée de nature à porter atteinte à la santé de l'individu (v. L. Gay, op. cit., pp. 239 et ss.). Au total, la plupart des droits et libertés se présentent, en raison de leur nature contradictoire, comme des « droits complexes » supposant à la fois une intervention et une abstention de l'Etat (G. Soulier, op. cit., p. 50). C'est pourquoi il est possible de considérer avec le professeur David Capitant que l'on se dirige vers un abandon progressif de la distinction entre droits-libertés et droits-créances pour adopter une distinction entre les différents effets de chaque droit fondamental (« A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », in *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 134). C'est par exemple le choix opéré par le professeur Frédéric Sudre dans son ouvrage de *Droit international et européen des droits de l'homme* (F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., pp. 228 et ss.). Il n'en demeure pas moins que si les droits-créances peuvent effectivement produire des effets négatifs, leur objet demeure essentiellement positif. En outre, l'intervention des pouvoirs publics dans le domaine des droits-libertés classiques prend rarement la forme d'une prestation. Luc Sasso relève toutefois que Cour constitutionnelle fédérale allemande a admis que l'Etat devait envisager diverses prestations sociales afin d'inciter la femme enceinte à ne pas recourir à un avortement (BVerfG, 28 mai 1993, cité par L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, op. cit., pp. 269-270).

⁹⁴² En ce sens, v. not. : J.J. Bravo Iglesias, « La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales : procedimientos específicos de garantía », in *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, vol. I, op. cit., p. 42 ; J.-P. Costa, « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 151 ; J.-F. Flauss, « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. Soc.*, 1982, p. 652 ; Y. Gaudemet, « La IV^e République : connaître l'héritage », in Y. Gaudemet (Dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, L.G.D.J., Paris, 2009, p. 14 ; P.-H. Imbert, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *R.D.P.*, 1989, pp. 748-749 ; R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme », *R.D.P.*, 1981, p. 54 ; R. Medeiros, « O estado de direitos fundamentais portugueses : alcance, limites e desafios », op. cit., p. 41 ; G. Soulier, *Nos droits face à l'Etat*, op. cit., p. 61 et ss. ; J.C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 56 et ss.

⁹⁴³ En atteste la jurisprudence *Airey* de la Cour européenne des droits de l'homme à travers laquelle est affirmée que si la Convention « [...] énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social » (C.E.D.H., 9 octobre 1979, op. cit.).

l'exercice effectif des libertés individuelles exige, au préalable, la satisfaction de certains besoins matériels d'existence. « *A quoi bon par exemple, pour un étudiant, posséder la liberté de fréquenter l'Université, s'il ne dispose pas aussi, en cas de besoin, du droit d'obtenir une bourse d'études ?* »⁹⁴⁴. En d'autres termes, et c'est là tout l'enjeu des droits-créances, l'homme ne doit pas être dans une situation trop misérable pour user de ses libertés⁹⁴⁵.

328. Or, loin d'appartenir au passé, cette exigence de prise en charge par l'Etat de besoins fondamentaux de la vie humaine, par la mise en place de droits prestataires, est plus que jamais d'actualité. A l'heure où l'économie de marché, sur fond de crise économique, produit de plus en plus d'exclus⁹⁴⁶, « *paradoxe d'un monde qui n'a jamais autant produit de richesse(s) et connu autant de pauvreté(s)* »⁹⁴⁷, l'effectivité des droits-créances se présente effectivement comme une nécessité croissante pour un nombre toujours plus important de personnes en situation de précarité. Mais, en pratique, cette effectivité demeure très aléatoire. Conditionnée par l'intervention des pouvoirs publics, spécialement celle du législateur, compte tenu de l'imprécision⁹⁴⁸ et du caractère prestataire de cette catégorie de droits constitutionnels, elle court le risque de se trouver réduite à néant en cas d'inertie des autorités normatives (a). Inertie ne pouvant que difficilement être surmontée par le juge, dont le contrôle se révèle, dans une large mesure, inadapté aux spécificités des droits-créances (b).

⁹⁴⁴ Raymond Aron, cité par L. Ferry et A. Renaut, « Droits-libertés et droits-créances. Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *op. cit.*, p. 80.

⁹⁴⁵ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴⁶ Le constat dressé par les sociologues est sans appel. En France, en 2002, « *10% des ménages disposent de revenus inférieurs au seuil de pauvreté ; environ deux millions de personnes vivent grâce au RMI et six millions dépendent des minima sociaux ; trois millions de personnes connaissent le chômage [...]. Un quart de la population refuse de se faire soigner pour des raisons financières* » (Dominique Gros, « Une étrange sollicitude », in *La pauvreté saisie par le droit, Le Genre Humain*, n° 38-39, Le Seuil, Paris, 2002). Plus récemment, le professeur Maryse Bresson rapporte que les bénéficiaires des minima sociaux représentent, en 2007, environ 9% de la population en France (*Sociologie de la précarité*, Armand Colin, Série Domaines et approches, 2^{ème} éd., Paris, 2010, p. 46). A cela s'ajoute le phénomène des travailleurs pauvres, c'est-à-dire les personnes en emploi ou au chômage depuis cinq mois au plus et vivant dans un ménage dont le revenu est en dessous du seuil de pauvreté, c'est-à-dire inférieure de moitié au niveau de vie médian. C'est ainsi que, en France, en 2006, cette forme de pauvreté touchait pas moins de 6,5% des travailleurs (D. Clerc, *La paupérisation des français*, Armand Colin, coll. 25 questions décisives, Paris, 2010, p. 61). Phénomène d'autant plus alarmant qu'il « *se diffuse au sein même de l'emploi classique : en 2005, plus des quatre dixième des travailleurs pauvres étaient en emploi toute l'année, à temps complet* » (M. Bresson, *Sociologie de la précarité*, *op. cit.*, p. 47). Et, la péninsule ibérique n'échappe pas à cette précarisation économique et sociale. Car, si « *les solidarités familiales et les revenus tirés de l'économie souterraine entretiennent une insertion du "pauvre" dans les collectifs locaux* » (H. Lagrange (Dir.), *L'épreuve des inégalités*, P.U.F, coll. Le Lien social, Paris, 2006, p. 72) la proportion de personnes vivant avec des ressources inférieures au seuil de pauvreté atteint, en 2010, 18% de la population portugaise et 20% de la population espagnole (statistiques proposées par l'Observatoire des inégalités [en ligne]. Disponible sur [http://www.inegalites.fr]. Quant au pourcentage de travailleurs pauvres, il atteint quasiment les 11% au sein des deux pays ibériques (D. Clerc, *op. cit.*, p. 61).

⁹⁴⁷ P.-H. Imbert, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 751.

⁹⁴⁸ En ce sens, v. par ex. M. Debene, « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *A.J.D.A.*, 1978, p. 536.

a. Une effectivité des droits-créances conditionnée par l'interpositio legislatoris

329. Initialement relégués au rang de simples déclarations d'intentions⁹⁴⁹, les droits-créances, en dépit d'une certaine hésitation en Espagne⁹⁵⁰, sont aujourd'hui considérés comme de véritables droits fondamentaux⁹⁵¹ dont la force juridique ne fait l'objet d'aucun doute⁹⁵². Leur consécration par les Constitutions française et ibériques, étroitement liée à l'émergence de la notion d'« *Etat de droit social et démocratique* »⁹⁵³, participe au développement de services publics de prestation dans des domaines aussi variés que la santé⁹⁵⁴, l'éducation, l'instruction et la culture⁹⁵⁵ ou, encore, le logement⁹⁵⁶ et le travail⁹⁵⁷. Notamment, la

⁹⁴⁹ Ceci est particulièrement vrai en France où le Préambule de la Constitution de 1946, principale source des droits-créances, était initialement exclu de la sphère juridique, tant par la doctrine que par le juge, en raison de l'imprécision de ses énoncés, essentiellement perçus comme des formules d'ordre philosophique et moral (v. J. Rivero et G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Dr. Soc.* 1947, p. 13).

⁹⁵⁰ La réticence affichée par certains auteurs espagnols à appréhender les droits-créances comme de véritables droits fondamentaux semble étroitement liée au système de classification des libertés fondamentales établie par la Constitution espagnole, dont l'originalité, mais également la complexité, repose sur une différenciation des droits et libertés en fonction des règles juridiques et contentieuses qui en garantissent le respect. A savoir que l'article 53 de la Constitution opère une distinction entre, tout d'abord, les droits de premier rang, expressément qualifiés de droits fondamentaux et bénéficiant des garanties maximales de protection (art. 14 à 29), ensuite, les droits de second rang, bénéficiant d'un régime sensiblement moins protecteur que celui des droits de premier rang (art. 30 à 38) et, enfin, les droits de troisième rang, c'est-à-dire les principes directeurs de la politique économique et sociale, qui regroupent la plupart des droits-créances et bénéficient des garanties les plus réduites (art. 39 à 52). Or, de cette classification fondée sur la différence de protection octroyée à chaque catégorie de droits et libertés, une partie de la doctrine en déduit que les droits de troisième rang ne peuvent être qualifiés de droits fondamentaux compte tenu de leur portée juridique atténuée (v. entre autres F.J. Matía Portilla, « Droits sociaux et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 48). Il est ainsi frappant de constater que bon nombre de manuels espagnols relatifs aux droits fondamentaux, fidèles à la classification des droits opérée par la Constitution, se limitent à la seule étude des droits expressément qualifiés de droits fondamentaux par celle-ci, laissant ainsi de côté la question des principes directeurs de la politique économique et sociale (v. par ex. : L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.* ; F.J. Enériz Olaechea, *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, *op. cit.*). Néanmoins, ces positions n'emportent pas l'adhésion car, comme le souligne le professeur Pierre Cambot, elles relèvent davantage « [...] d'une déduction doctrinale que d'une réelle exégèse des termes de la Constitution et l'on ne peut découvrir la catégorie des "droits fondamentaux" que dans le seul haut niveau de protection assuré à certains droits par la loi fondamentale. L'examen des travaux constitutifs, en effet, ne permet de dégager aucun critère susceptible de rationaliser l'entrelacs des différents intitulés et formulations proposés par la Constitution ». Et l'auteur de poursuivre : « [...], il serait scientifiquement discutable de réduire les droits fondamentaux à leur degré de protection » (« Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : la notion », *op. cit.*, pp. 122-123).

⁹⁵¹ V. par ex. : L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, pp. 350 et ss.

⁹⁵² V. *supra*, n° 171-172.

⁹⁵³ Expressément consacrée par l'article 1-1 de la Constitution espagnole (pour une approche détaillée, v. : M. Moreno Garcia, « El Estado social y democratico de derecho (art. 1.1 CE) », in J. Martínez-Simancas Sánchez et M. Aragón Reyes (Coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, *op. cit.*, p. 540 ; J.R. Cossio Diaz, *Estado social y derechos de prestaciones*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, spéc. pp. 25-42), la notion d'« *Etat de droit social et démocratique* » n'est pas totalement ignorée par les textes constitutionnels français et portugais. En effet, tandis que l'article premier de la Constitution française affirme le caractère social de la République, l'article 2 de la Constitution portugaise précise : « *La République portugaise est un État de droit démocratique [...] visant à réaliser la démocratie économique, sociale et culturelle [...]* ».

⁹⁵⁴ Al. 11 du Préambule de la Constitution de 1946 ; Art. 64 de la Constitution portugaise ; Art. 43 de la Constitution espagnole.

⁹⁵⁵ Al. 13 du Préambule de la Constitution de 1946 ; Art. 73 et ss. de la Constitution portugaise ; Art. 27 de la Constitution espagnole.

⁹⁵⁶ Art. 65 de la Constitution portugaise ; art. 47 de la Constitution espagnole.

⁹⁵⁷ Al. 5 du Préambule de la Constitution de 1946 ; Art. 58 de la Constitution portugaise ; Art. 35 de la Constitution espagnole. En cette matière, il est évident qu'une interprétation littérale du droit d'obtenir un emploi

Constitution portugaise, imprégnée d'une idéologie socialiste lors de son entrée en vigueur⁹⁵⁸, se présente comme un texte particulièrement avancé sur le plan social⁹⁵⁹. Et si la Constitution française semble un peu plus timide en la matière⁹⁶⁰, nombre de principes particulièrement nécessaires à notre temps, prévus par le Préambule de la Constitution de 1946, consacrent des droits à prestation⁹⁶¹.

330. Pour autant, malgré l'attachement évident de la France et des pays ibériques aux droits-créances, cette catégorie de droits constitutionnels demeure probablement celle où l'écart entre l'existence de la norme et son application effective est le plus grand⁹⁶². En effet, eu égard à l'imprécision des énoncés constitutionnels relatifs aux droits-créances, ces derniers ne jouissent pas d'une applicabilité directe⁹⁶³ et, par conséquent, voient leur effectivité, c'est-à-dire le « *passage du devoir être à l'être ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde* »⁹⁶⁴, conditionnée par

est impossible. Ce droit relève davantage d'une intention que de la reconnaissance d'un véritable droit subjectif. Ainsi, en France, l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946 semble être essentiellement appréhendé par le Conseil constitutionnel comme un objectif de valeur constitutionnelle (v. par ex Cons. const., décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *op. cit.* ; *R.F.D.C.*, 1998, p. 640, chron. L. Favoreu ; *A.J.D.A.*, 1998, p. 495, note J.-E. Schoettl).

⁹⁵⁸ Le professeur José Carlos Vieira de Andrade souligne en ce sens que « *la Constitution de 1976 a placé les droits sociaux sous le signe du socialisme, en tant qu'instruments d'une transformation sociale visant à la construction d'une société socialiste où le pouvoir serait exercé par la classe ouvrière* » (« La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal », in J. Iliopoulos-Strangas (Ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 673).

⁹⁵⁹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 6ème éd., 2002, pp. 471 et ss. Et si les révisions constitutionnelles de 1982 et 1989 marquent l'abandon de l'orientation socialiste au profit d'un libéralisme tempéré (v. : P. Bon, « L'évaluation des révisions constitutionnelles : le cas du Portugal », Journée d'études de l'A.F.D.C., *Réviser la Constitution*, 2006, [en ligne]. Disponible sur [www.afdc.fr] ; J. Miranda, « La Constitution portugaise : du texte de 1976 à la révision de 1989 », *R.F.D.C.*, 1990, p. 363) ces dernières ont préservé les dispositions relatives aux droits-créances consacrées par le constituant de 1976.

⁹⁶⁰ L. Gay, E. Mazuyer et D. Nazet-Allouche, « Introduction générale », in L. Gay, E. Mazuyer et D. Nazet-Allouche (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁶¹ Pour une approche matérielle du Préambule de la Constitution de 1946, v. not. : M. Debene, « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *op. cit.*, p. 533 et ss ; Ph. Terneyre, « Droit constitutionnel social. Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *R.F.D.C.*, 1990, pp. 319 et ss.

⁹⁶² N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, Einaudi, Turin, 1997, p. 66, cité par V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁶³ Selon le professeur Agnès Roblot-Troizier, « *l'applicabilité directe correspond [...] à la vocation d'une règle de droit à créer, au bénéfice ou à la charge des particuliers, des droits ou des obligations dont ils peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales. L'applicabilité directe renvoie donc à l'aptitude qu'à la règle de droit à créer directement des droits et obligations dans le chef des particuliers. Cette attitude est conditionnée. Elle est conditionnée d'abord par les termes de la disposition : la précision du texte, son caractère complet, constitue le critère de l'applicabilité directe. Sous cet angle, les normes qui ne peuvent produire d'effet en l'absence de mesures complémentaires ne sont pas d'applicabilité directe. Elle est conditionnée ensuite par l'objet de la disposition, c'est-à-dire par la vocation de la norme à créer des droits et des obligations au profit des personnes privées, physiques ou morales [...]. Lorsqu'une norme est d'applicabilité directe, les particuliers peuvent, en conséquence, en demander l'application aux pouvoirs publics et aux tribunaux. Aussi l'applicabilité directe est-elle une condition de l'invocabilité directe* ». (« L'applicabilité directe du préambule de la Constitution de 1946 », in Y. Gaudemet (Dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, *op. cit.*, pp. 29-30).

⁹⁶⁴ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 14.

l'intervention du législateur⁹⁶⁵. Car, sans assimiler les droits-créances constitutionnels à de simples déclarations d'intention ou de purs programmes normatifs⁹⁶⁶, il est évident que ces principes prennent essentiellement la forme d'objectifs assignés au législateur. Sans compter que leur nature prestataire implique inévitablement une action positive des pouvoirs publics en vue d'en assurer leur mise en œuvre. Bref, les droits-créances dépendent d'une manifestation législative pour accéder au rang de droits subjectifs⁹⁶⁷.

331. Cette nécessaire intervention du législateur, condition préalable à l'invocabilité des droits-créances devant le juge, s'avère explicitement affirmée par l'article 53-3 de la Constitution espagnole en vertu duquel les principes reconnus au chapitre III, c'est-à-dire les principes directeurs de la politique économique et sociale, « [...] ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les appliquent ».

332. De même, au Portugal, si la Constitution s'avère moins explicite, l'exigence d'une loi de concrétisation semble sous-entendue par l'article 18-1. En affirmant que « *les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux organismes publics et privés* », cette disposition semble effectivement signifier que l'applicabilité des droits et devoirs économiques, sociaux et culturels, prévus par le titre III de la norme suprême, demeure conditionnée par une action positive des pouvoirs publics⁹⁶⁸.

333. Quant à la France, bien qu'aucune disposition constitutionnelle ne prévoit explicitement l'intervention du législateur comme condition d'effectivité des droits-créances⁹⁶⁹, le juge, notamment administratif, établit très clairement un lien de causalité entre l'imprécision de la norme constitutionnelle et l'impossibilité de l'invoquer directement⁹⁷⁰ et,

⁹⁶⁵ A ce titre, Michel Clapié constate que la question de l'application du Préambule de 1946 par le juge a glissé du terrain de la « juridicité » vers celui de l'effectivité » (« Le Conseil d'Etat et le préambule de la Constitution de 1946 », *R.A.*, 1997, p. 280).

⁹⁶⁶ J.C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 361.

⁹⁶⁷ Sachant que, tel qu'il a été mis en avant, l'accessibilité des droits-créances au rang de droits subjectifs ne permet pas à ces derniers de bénéficier d'une protection juridictionnelle équivalente à celle des autres droits fondamentaux, en particulier des droits-libertés classiques, compte tenu du fait que l'accès au prétoire du juge spécialisé dans la protection des droits et libertés leur est fermé.

⁹⁶⁸ Sur ce point, il importe de préciser que, en Espagne comme au Portugal, la catégorie constitutionnelle des droits économiques et sociaux ne regroupe pas exclusivement des droits-créances. C'est par exemple le cas du droit à la propriété privée prévu par l'article 62 de la Constitution portugaise. Par ailleurs, si en Espagne certains droits-créances, tels que le droit à l'éducation (art. 27), sont expressément consacrés au sein de la section première du chapitre 2 de la loi fondamentale, relative aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, il ne faut pas pour autant en déduire que ces derniers échappent à l'exigence d'*interpositio legislatoris* (en ce sens, v. P. Cambot, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : la notion », *op. cit.*, p. 127). C'est là, une fois de plus, le résultat de l'extrême complexité du système de classification des droits fondamentaux prévu par la Constitution espagnole.

⁹⁶⁹ Bien que l'article 34 de la Constitution affirme que « *la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », cette disposition ne consacre pas, en tant que telle, une obligation d'intervention du législateur dans le domaine des droits-créances.

⁹⁷⁰ A. Roblot-Troizier, « L'applicabilité directe du préambule de la Constitution de 1946 », *op. cit.*, p. 39.

de ce fait, considère que les principes garantis par le Préambule de la Constitution de 1946 ne peuvent produire d'effets qu'à travers une détermination législative⁹⁷¹.

334. Partant, c'est bien l'intervention du législateur qui conditionne l'effectivité des droits-créances⁹⁷². Illustration de l'idée selon laquelle « *les droits fondamentaux sont aussi, et dans des proportions très importantes, ce que les lois en font* »⁹⁷³, cette intervention consiste généralement à confier la distribution des prestations à un service public⁹⁷⁴. Ainsi, un lien étroit, déjà identifié par le professeur Léon Duguit au début du XX^{ème} siècle⁹⁷⁵, s'établit entre l'effectivité des droits-créances et l'institution de services publics en charge de la concrétisation des prestations établies par la Constitution⁹⁷⁶. Il en résulte que les droits du créancier ne sauraient véritablement s'exercer tant que l'Etat n'a pas créé le service et réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de la dette⁹⁷⁷. Dès lors, se pose la question de savoir quelles garanties offre le juge aux bénéficiaires des droits-sociaux créances en cas d'inertie des pouvoirs publics. Loin d'être purement théorique, ce risque d'inertie, déjà constaté en 1950 par Pierre Montané de la Roque à travers sa thèse de doctorat⁹⁷⁸, ne peut en réalité que difficilement être pallié par le juge.

b. L'impuissance du juge face à l'inertie des pouvoirs publics

335. Si le juge constitutionnel, tant ibérique que français, ne manque pas de rappeler que les droits-créances lient le législateur et, ce faisant, imposent à ce dernier une obligation positive de mise en œuvre⁹⁷⁹, il faut bien reconnaître que, en pratique, son contrôle, essentiellement correctif, se révèle rarement opérant pour remédier aux carences des pouvoirs publics.

⁹⁷¹ C'est ainsi que, dès 1962, le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'affirmer que « *si en vertu du Préambule de la Constitution de 1946 [...], "la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultants de calamités nationales", le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative en assurant l'application, ne peut servir de base à une action contentieuse en indemnité* » (C.E., 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, Rec. p. 676).

⁹⁷² Il convient néanmoins de noter qu'une partie de la doctrine considère que la nécessité d'adopter des mesures de concrétisation des droits-créances ne fait pas obstacle à l'invocabilité directe de ces droits. C'est par exemple le cas du professeur Agnès Roblot-Troizier qui affirme : « *le Conseil d'Etat "se cache" derrière l'imprécision de certaines dispositions du Préambule ; mais, [...] c'est une appréciation subjective et, en réalité, il est possible de déduire de chacune des dispositions du Préambule des garanties minimales, des droits minimaux, susceptibles d'être invoqués en justice à l'encontre de l'Etat, même en cas d'inertie du législateur* » (*op. cit.*, p. 40. Dans le même sens, v. J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y debates, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988, pp. 70-71). De sorte que la dévaluation juridique des droits-créances serait en réalité une volonté purement politique (L. Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 190).

⁹⁷³ F.J. Matía Portilla, « Droits sociaux et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 49.

⁹⁷⁴ P. Bon, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », *op. cit.*, p. 146.

⁹⁷⁵ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, Paris, 1913.

⁹⁷⁶ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : C. Boyer-Capelle, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, th. dactylographiée, Université de Limoges, 2009, pp. 35 et ss. ; V. Donier, « Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques », in D. Roman (Dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, C.R.E.D.O.F., Paris X, 2010, p. 382.

⁹⁷⁷ En ce sens, v. J. Rivero, *Les libertés publiques*, tome I, P.U.F., Paris, 4^{ème} éd., 1984, p. 122.

⁹⁷⁸ P. Montané de la Roque, *L'inertie des pouvoirs publics*, Imprimerie Moderne, Toulouse, 1950.

⁹⁷⁹ V. entre autres : Cons. const., décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320, *J.O.* du 23 décembre 1997, p. 18649 ; STC 53/1985, du 11 avril 1985, *B.O.E.* du 18 mai 1985, FJ 4.

Consistant à prononcer l'annulation des mesures portant atteinte aux droits fondamentaux, un tel contrôle ne permet pas de contraindre les autorités normatives à adopter les mesures nécessaires à la concrétisation des droits constitutionnels de nature prestataire. Ainsi, le professeur José Luis Cascajo Castro considère que « *les Constitutions d'inspiration occidentale ne sont pas parvenues à établir les procédures adaptées à la réalisation de la dynamique des droits sociaux* »⁹⁸⁰. A l'exception du texte constitutionnel portugais, cette affirmation s'avère exacte dans une large mesure.

336. Au Portugal, le mécanisme de l'inconstitutionnalité par omission, prévu par l'article 283 de la Constitution⁹⁸¹, permet au Tribunal constitutionnel de constater l'inertie de l'organe législatif lorsqu'il n'adopte pas les mesures nécessaires à l'exécution des dispositions de la norme suprême⁹⁸². De toute évidence, il s'agit là d'une attribution tout à fait remarquable du Tribunal constitutionnel portugais susceptible de contribuer à la concrétisation des droits fondamentaux dont l'effectivité se trouve conditionnée par l'*interpositio legislatoris*. Inauguré à l'occasion d'un arrêt en date du 1^{er} février 1989⁹⁸³, ce dispositif a trouvé à s'appliquer dans le domaine des droits-créances, en particulier à travers la décision n° 474-2002 constatant l'absence partielle de législation dans le domaine du droit aux prestations chômage des fonctionnaires et agents de l'administration publique ; aide matérielle prévue par l'article 59 e) de la Constitution⁹⁸⁴. Sans anticiper sur des développements futurs, il importe toutefois de préciser, dès à présent, que le succès de ce mécanisme de contrôle est étroitement dépendant de l'institution du *Provedor de Justiça* étant donné que celle-ci constitue, au côté du Président de la République, la seule autorité de saisine du Tribunal constitutionnel en matière d'inconstitutionnalité par omission. En conséquence, l'institution d'un tel dispositif de garantie par la Constitution de 1976 ne fait que renforcer la nécessité d'un ombudsman au sein de système juridique portugais. Mais, quoi qu'il en soit, il existe bien, au Portugal, un mécanisme juridictionnel de contrôle spécialement aménagé pour faire face aux risques d'inertie du législateur dans le domaine des droits-sociaux créances.

337. En revanche, rien de tel en France et en Espagne où, d'une part, il n'existe pas de mécanisme de contrôle équivalent au dispositif portugais de l'inconstitutionnalité par

⁹⁸⁰ J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, op. cit., p. 29.

⁹⁸¹ L'article 283 de la Constitution portugaise dispose : 1) « *A la demande du président de la République, du Provedor de Justiça ou, en se fondant sur la violation des droits des régions autonomes, des présidents des Assemblées législatives des régions autonomes, le Tribunal constitutionnel apprécie et constate l'inobservation de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires à l'application de normes constitutionnelles* » ; 2) « *Quand le Tribunal constitutionnel constate l'existence d'une inconstitutionnalité par omission, il en donnera connaissance à l'organe législatif compétent* ».

⁹⁸² Pour des études détaillées de cette voie de droit, v. par. ex. : J. Bachelar Gouveia, « Inconstitucionalidade por omissão – Consultas directas aos cidadãos a nível local », *O Direito*, 1990, p. 420 ; J.J. Fernández Rodríguez, « La inconstitucionalidad por omisión en Portugal », *R.D.E.S.*, 1995, p. 265 ; *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1998 ; J. Matoso Pachaco, *A inconstitucionalidade por omissão*, trabalho escolar inédito, Lisboa, 1980 ; J. Miranda, « Inconstitucionalidade por omissão », in J. Miranda (Coord.), *Estudos sobre a Constituição, vol. 1*, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p. 333.

⁹⁸³ Acórdão 182/1989 du 1^{er} février 1989, *D.R. Série I* du 2 mars 1989 ; *O Direito*, 1989, n° 2, p. 380, note J. Miranda.

⁹⁸⁴ Acórdão 474/2002 du 19 novembre 2002, *D.R. Série I* du 18 décembre 2002.

omission et, d'autre part, le juge se refuse, à l'inverse de son homologue allemand⁹⁸⁵, à adresser des injonctions au législateur en vue d'obtenir de ce dernier l'adoption d'une mesure déterminée dans un délai précis⁹⁸⁶. Dans ces conditions, il semble que la seule option qui se présente au juge, lorsque celui-ci se trouve saisi d'un recours relatif à un droit-créance, réside dans la sanction de l'obligation du législateur de ne pas remettre en cause la prestation qu'il doit fournir. C'est-à-dire un contrôle négatif consistant à faire obstacle à l'intervention d'une norme contrariant les exigences du droit-créance, mais ne permettant pas d'obliger les autorités normatives à intervenir.

338. En réalité, le propos se doit d'être nuancé. Si le juge est dans l'incapacité de faire face aux omissions législatives totales, c'est-à-dire à l'absence de toute action normative de nature à garantir l'effectivité de la norme constitutionnelle, il peut, en revanche, remédier aux omissions législatives partielles ; à savoir les situations où le législateur intervient mais ne réalise pas ou mal l'exigence de concrétisation légale du droit constitutionnellement garanti⁹⁸⁷. Dans cette dernière hypothèse, le législateur se rend effectivement coupable d'un vice d'inconstitutionnalité susceptible d'être dénoncé devant la Cour constitutionnelle⁹⁸⁸.

339. Deux solutions se présentent alors au juge pour pallier l'omission législative.

340. En premier lieu, il peut censurer la loi au motif que l'objectif qu'elle s'est fixée n'est pas atteint et, ainsi, obliger le législateur à refaire ou à compléter ladite loi⁹⁸⁹.

341. En second lieu, il peut, de sa propre initiative, assurer la concrétisation du droit prestataire par le recours à la technique de la déclaration de conformité sous réserve d'interprétation⁹⁹⁰. Permettant de sauvegarder la constitutionnalité d'une disposition législative tout en interdisant des interprétations qui seraient contraires à la Constitution⁹⁹¹, cette technique, lorsqu'elle prend la forme d'une réserve constructive, offre au juge constitutionnel la possibilité d'étendre la portée de ladite disposition afin d'en enrichir le contenu⁹⁹². C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, confronté à un texte imposant une

⁹⁸⁵ Sur le recours à la technique des injonctions par la Cour constitutionnelle allemande, v. L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, op. cit., pp. 337 et ss.

⁹⁸⁶ V. par ex. J.-M. Garrigou-Lagrange, « L'obligation de légiférer », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, op. cit., p. 317 ; F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, op. cit., p. 27.

⁹⁸⁷ Sur la distinction entre omission législative totale et omission législative partielle, le lecteur pourra se reporter aux travaux de : L. Aguiar de Luque, « El Tribunal constitucional y la función legislativa. El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión », *Revista de derecho político*, 1987, p. 25 ; F. Fernández Segado, « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas », *R.C.G.*, 2008, n° 75, pp. 25 et ss. ; J.C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., pp. 369 et ss.

⁹⁸⁸ P. Bon, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », op. cit., p. 143.

⁹⁸⁹ En ce sens, v. F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, op. cit., p. 27.

⁹⁹⁰ Pour une étude d'ensemble de cette technique jurisprudentielle, v. Th. di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1997.

⁹⁹¹ L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, op. cit., p. 333.

⁹⁹² En ce sens, v. Th. di Manno, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1996, p. 368.

condition de durée de résidence minimale aux étrangers désirant bénéficier de certaines prestations sociales, a considéré que la fixation d'une telle condition par le législateur n'était pas en soi contraire à la Constitution, sous réserve, cependant, que le pouvoir réglementaire, lorsqu'il fixerait la durée en cause, tienne compte des autres prestations d'assistance susceptibles d'être versées⁹⁹³.

342. Reste que, en l'absence de procédure comparable au recours en inconstitutionnalité par omission portugais, les juges constitutionnels français et espagnol, lorsqu'ils se trouvent confrontés à une omission législative totale, ne peuvent contraindre le législateur à intervenir. Partant, le risque est grand que les droits-créances constitutionnels se trouvent réduits au rang de simples déclarations d'intentions.

343. Et le constat est transposable à l'administration. Rouage incontournable du processus de concrétisation des droits-créances, cette dernière ne peut que difficilement être contrainte par le juge dès l'instant où sont en cause des obligations positives. Comme l'écrit très justement le professeur Charles Debbasch, « *un droit administratif conçu pour des administrés défenseurs se révèle inadéquat pour protéger des administrés demandeurs. Il s'avère en effet beaucoup plus facile d'empêcher l'administration de commettre une activité illégale que de l'obliger à accorder son aide, ses prestations ou sa clientèle ou ses emplois à des administrés* »⁹⁹⁴. Evidemment, une fois les droits-créances développés par le législateur, ces derniers accèdent au rang de droits subjectifs dont l'effectivité est susceptible d'être revendiquée devant les juridictions administratives. A ce titre, l'usager confronté à une carence d'un service public de prestation peut parfaitement demander au juge d'enjoindre audit service de remédier à cette situation. Mais une telle voie de droit possède ses propres limites. En présence d'une résistance à l'injonction adressée, le juge, ne pouvant se substituer à l'administration, limitera son contrôle à l'octroi d'une indemnisation en vue de compenser l'absence de prestation⁹⁹⁵. Pour autant, la défaillance du service public ne sera pas résolue.

344. Finalement, il est possible d'affirmer que la garantie juridictionnelle ne permet de répondre que de façon très sommaire aux exigences des droits-créances. Tandis que l'effectivité de cette catégorie de droits se trouve conditionnée par une action positive du législateur, les juges constitutionnels français et espagnol, à la différence de leur homologue portugais, ne disposent pas nécessairement des moyens permettant de remédier aux éventuelles carences des pouvoirs publics en la matière. Cette adaptation relative du contrôle juridictionnel aux exigences des droits fondamentaux s'exprime également au regard de la difficulté rencontrée par le juge pour dépasser le strict contrôle de légalité, en vue d'intégrer, dans le cadre de ses jugements, des considérations d'équité.

⁹⁹³ Cons. const., décision 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 13, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 925.

⁹⁹⁴ Ch. Debbasch, « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, op. cit., p. 350.

⁹⁹⁵ En ce sens, v. J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », op. cit., p. 405.

3. Le dépassement délicat du strict contrôle de légalité : la difficile prise en considération de l'équité

345. « Irréductible à toute définition globale »⁹⁹⁶, l'équité s'avère particulièrement délicate à appréhender à partir d'un concept univoque⁹⁹⁷. Toutefois, au-delà de cette difficulté à cerner la notion dans son unité, deux acceptions du terme sont susceptibles d'être dégagées.

346. En premier lieu, l'équité peut être envisagée « *comme un concept philosophique accédant à la juridicité par le biais de normes de droit positif dont elle inspire l'édiction* »⁹⁹⁸. Trouvant une illustration éclatante à travers les principes généraux du droit⁹⁹⁹, définis par le Président Bouffandeau comme « *une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens* »¹⁰⁰⁰, cette acception de l'équité connaît actuellement un renouveau à travers la pratique des discriminations positives¹⁰⁰¹. En cette matière, l'équité, animée par une recherche de concrétisation de l'égalité des chances, se substitue au principe d'égalité. Elle justifie la création, à titre temporaire, d'une différence juridique de traitement par les autorités normatives, consistant à favoriser une catégorie déterminée de personnes au détriment d'une autre, en vue de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles¹⁰⁰². « *Dans ce premier sens, abstrait et général, l'équité, qui mérite un E majuscule, n'est pas étrangère au droit ; elle le domine et l'imprègne tout entier* »¹⁰⁰³.

347. En second lieu, l'équité renvoie, conformément à la tradition aristotélicienne¹⁰⁰⁴, à une recherche de correction, de pondération et d'humanisation de la règle de droit par le juge afin d'éviter que son application *stricto sensu* provoque des situations injustes ou préjudiciables aux droits et intérêts légitimes du citoyen¹⁰⁰⁵. Or, cette seconde acception de « *l'équité a*

⁹⁹⁶ P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, Presses de la renaissance, Paris, 1992, p. 127.

⁹⁹⁷ F. Capilla, in *Derecho Civil, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 186 ; J. Castán Tobeñas, *La Equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Instituto Editorial Reus, 1950, pp. 61 et ss.

⁹⁹⁸ M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 229, Paris, 2003, p. 35.

⁹⁹⁹ J. Renault, « Principes généraux du droit et équité », in *Mélanges en l'honneur de Ganshof van der Meersch*, 1972, tome II, p. 883.

¹⁰⁰⁰ Cité par M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », E.D.C.E., Paris, 1951, p. 19.

¹⁰⁰¹ Sur l'équité en tant que fondement des politiques de discrimination positive, le lecteur pourra utilement se référer à : M. Fouletier, *op. cit.*, pp. 44-55 et 215-231 ; F. Gonthier, *Justice sociale et action publique. Des principes à leur mise en œuvre*, La Doc. fr., Juin-Juillet 2008, p. 9 ; B. Majza, « Equité et droits fondamentaux », C.R.D.F., 2002, n° 1, p. 80.

¹⁰⁰² Sur cette question, v. : L. Favoreu (Dir.) et alii, *droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 428 ; F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1997.

¹⁰⁰³ G. Braibant, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », R.F.A.P., 1992, p. 688.

¹⁰⁰⁴ « *La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général* » (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, in G. Chomienne, *Lire les philosophes*, Hachette Education, Paris, 2001, p. 51).

¹⁰⁰⁵ G. Carballo Martínez, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 353.

mauvaise presse »¹⁰⁰⁶ chez les juristes. Associée au spectre de l'arbitraire¹⁰⁰⁷ en raison de la démarche subjective qu'elle renferme¹⁰⁰⁸, une telle logique de jugement, parallèle et concurrente au système du droit positif, après avoir connu son heure de gloire à l'époque du droit prétorien à Rome¹⁰⁰⁹, se trouve désormais affublée d'une image négative de désordre et d'insécurité juridique. Cette aversion pour l'équité s'avère particulièrement prégnante en France compte tenu de l'usage ambigu et immodéré de cette technique de résolution des litiges par les Parlements de Province sous l'Ancien Régime¹⁰¹⁰. Que « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* » ! L'adage est connu. Il fut à l'origine d'un succès certain auprès des révolutionnaires de 1789, lesquels, aveuglés par le dogme rousseauiste du légicentrisme et le mythe de la sacralité de la loi, se devaient d'interdire au juge, serviteur de la loi, de juger en équité¹⁰¹¹.

348. Pourtant, on ne saurait se fier à « *l'apparence de cette rigueur* »¹⁰¹². Plus formel que réel, le rejet de l'équité en tant que logique de jugement s'est rapidement révélé intenable. Indissociable du droit¹⁰¹³ et, plus encore, de l'idée même de justice¹⁰¹⁴, cette « *part maudite du jugement* »¹⁰¹⁵ se présente comme un correctif essentiel de la règle de droit, laquelle peut se révéler parfaitement conforme à la légalité mais porteuse de conséquences dramatiques sur le plan humain et du point de vue des droits individuels. En somme, parce que « *le droit le plus rigoureux équivaut à la plus grande injustice* »¹⁰¹⁶, le recours à l'équité s'avère indispensable afin « *d'"humaniser le juste juridique" en complétant ou modifiant ce que*

¹⁰⁰⁶ R. David, « La doctrine, la raison, l'équité », *R.R.J., Droit prospectif*, 1986, n° 1, p. 136.

¹⁰⁰⁷ Sur l'assimilation de l'équité à l'arbitraire, le lecteur pourra utilement se référer à F. Nivet, « Equité et légalité », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 162.

¹⁰⁰⁸ On se souvient de la formule du juriste anglais Selden selon laquelle « *l'équité est une mauvaise affaire, car le droit est une mesure où nous savons à quoi nous en tenir ; l'équité, par contre, dépend de la conscience de celui qui est chancelier et, comme celle-ci peut être plus large ou plus étroite, il en va de même de l'équité* » (cité par E. Loquin, « Equité », in L. Cadet (Dir.), *Dictionnaire de la justice, op. cit.*, p. 425). Dans un sens similaire, le professeur Yves Gaudemet relève que « *le recours exclusif à l'équité est fondamentalement une démarche subjective ; il interdit que le cheminement du juge soit jalonné de ces bornes que sont d'une part l'attention aux sources du droit, d'autre part le respect de certains procédés, de méthodes finalement. Et l'on voit immédiatement la critique majeure et sans doute dirimante qu'encourt le recours exclusif à l'équité dans la conduite de la tâche juridictionnelle celle de subjectivisme ou, pour parler plus sévèrement, d'arbitraire* » (Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 20).

¹⁰⁰⁹ D. Salas, « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 109.

¹⁰¹⁰ En effet, « *forts de leur pouvoir de rendre la justice, par délégation royale, les Cours parlementaires s'arrogeaient arbitrairement la faculté, d'une part de rendre des arrêts de règlement, d'autre part de juger en équité, au mépris des lois, alors même qu'ils contestaient au roi d'agir de même, en dépit d'une coutume monarchique séculaire* » (M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français, op. cit.*, p. 7). Pour une approche approfondie de cette question, v. Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J., bibliothèque de droit privé, Paris, 2000, pp. 89-91.

¹⁰¹¹ Sur ces questions historiques, le lecteur pourra utilement se référer à M.-F. Renoux-Zagamé, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 17.

¹⁰¹² L. Cadet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 90.

¹⁰¹³ Cicéron affirme en ce sens : « *Sans l'équité, le droit n'est pas le droit* » (*De Officiis*, 2/12/42). Sur ce point, v. également N. Belloubet-Frier, « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 154.

¹⁰¹⁴ E. Loquin, « Equité », *op. cit.*, p. 425 ; B. Majza, « Equité et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 80.

¹⁰¹⁵ D. Salas, « L'équité ou la part maudite du jugement », *op. cit.*, p. 109.

¹⁰¹⁶ Maxime du vieux droit romain, cité par P. Tedeschi, « Le Médiateur (Loi du 3 janvier 1973) », *R.A.*, 1973, p. 22.

l'application stricte des règles de droit avait d'insuffisant ou de trop dur »¹⁰¹⁷. Défendue dès l'antiquité grecque par Aristote¹⁰¹⁸, cette nécessité de pallier une application trop stricte du droit positif explique la survivance de l'équité dans le raisonnement du juge.

349. Certes, le contentieux de la légalité semble à première vue « *peu propice à l'éclosion du sentiment d'équité : quoi de plus abstrait que le recours pour excès de pouvoir, procès fait un acte, dont le juge vérifie la conformité à la règle de droit ; quoi de plus inéquitable que d'écarter l'argument tiré de ce que d'autres citoyens ont bénéficié de traitements plus favorables dès lors que les décisions contestées sont correctes au droit* »¹⁰¹⁹. Néanmoins, alors même que le droit positif, spécialement ibérique, se révèle de plus en plus enclin à reconnaître la nécessité d'une prise en considération de l'équité par le juge¹⁰²⁰, les organes juridictionnels ne répugnent pas, en dehors des cas spécifiés par la loi, à recourir à cet outil de correction de la règle de droit dans le cadre de leur contrôle de légalité¹⁰²¹. C'est notamment le cas en France où le juge habilite l'équité de juridique afin de l'intégrer légalement à son raisonnement, puis à sa décision juridique. Pour ce faire, il recourt à deux méthodes : d'une part, l'aménagement de la mise en œuvre du syllogisme juridique¹⁰²², d'autre part, l'approfondissement du contrôle juridictionnel en fonction des considérations d'équité qu'il entend faire respecter à la puissance publique¹⁰²³.

350. Mais si le juge en appelle effectivement aux ressorts séculaires de l'équité pour remédier aux effets néfastes dont la règle de droit est porteuse, ce dernier demeure astreint au respect du principe de légalité, de sorte qu'il ne saurait rendre explicitement des jugements en équité¹⁰²⁴. En France, ce phénomène, particulièrement prononcé, conduit le Conseil d'Etat à

¹⁰¹⁷ F. Nivet, « Equité et légalité », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 192.

¹⁰¹⁸ Selon Aristote, « *ce qui est utile en soi, ce n'est pas que la loi soit ou non appliquée mais que les magistrats soient équitables et fassent jouer à la loi son rôle à l'égard du souverain Bien* » (cité par J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », *op. cit.*, p. 486).

¹⁰¹⁹ M. Combarrous, « L'équité et le juge administratif », *Justices*, 1998, n° 9, p. 78.

¹⁰²⁰ C'est ainsi que l'article 3-2 Code civil espagnol précise : « *L'équité devra être prise en considération dans l'application des normes, bien que les résolutions des Tribunaux pourront seulement se reposer d'une manière exclusive sur elle lorsque la loi le permettra expressément* ». Cette disposition, loin de s'appliquer aux seules juridictions civiles, a inspiré une décision du Tribunal constitutionnel du 15 juillet 1992 à l'origine d'une modération de l'article 1796 du Code civil relatif à la pension alimentaire (cité par G. Carballo Martínez, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 368). Dans un sens identique, l'article 4 du Code civil portugais affirme que les tribunaux peuvent juger en équité : « *a) lorsqu'une disposition légale le permet ; b) lorsqu'il existe un accord de la part des parties et que la relation juridique n'est pas indisponible ; c) lorsque les parties ont prévu par le biais d'une convention le recours à l'équité en des termes applicables à la clause compromissoire* ». Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'article 282-4 de la Constitution portugaise dispose que « *lorsque la sécurité juridique, des raisons d'équité ou un intérêt public d'une exceptionnelle importance, qui devra être motivé, l'exigent, le Tribunal constitutionnel pourra attribuer aux effets des déclarations d'inconstitutionnalité ou d'illégalité une portée plus restrictive [...]* ».

¹⁰²¹ Pour des études sur la prise en considération de l'équité par le juge, v. not. M.-L. Pavia (Dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 2003.

¹⁰²² Le professeur Eric Loquin souligne en ce sens que « *la "manipulation" du raisonnement juridique permet au juge de juger en équité en sauvant les apparences du respect de la légalité. Cette "manipulation" se caractérise par l'inversion du syllogisme judiciaire. La solution équitable est découverte préalablement à la détermination de la règle de droit, laquelle n'est mise en place dans le syllogisme que postérieurement pour en justifier la légalité* » (« Equité », *op. cit.*, p. 427).

¹⁰²³ Sur ces questions, v. M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, *op. cit.*, pp. 80 et ss.

¹⁰²⁴ M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, *op. cit.*, p. 80.

rejeter tout moyen qui aurait pour unique fondement l'iniquité d'un acte ou d'une action administrative. Est ainsi déclaré irrecevable le moyen selon lequel un règlement entraîne des conséquences inéquitables¹⁰²⁵, tout comme celui fondé sur le caractère inéquitable de la solution des premiers juges¹⁰²⁶. Dans un registre similaire, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme que « *l'équité n'est pas une source de droit* »¹⁰²⁷, tandis que la chambre criminelle estime que « *l'équité et le bon sens* » ne peuvent constituer le fondement d'une décision judiciaire¹⁰²⁸.

351. La péninsule ibérique, en revanche, semble faire preuve d'une plus grande souplesse quant à l'usage de l'équité par le juge. En Espagne notamment, l'équité, de par son intégration explicite au sein de l'ordonnement juridique¹⁰²⁹, occupe une place centrale au sein de la jurisprudence¹⁰³⁰. Mais ce recours à l'équité n'est pas infini. Même le juge espagnol se trouve rattrapé par le spectre de la légalité. Aussi se refuse-t-il, à l'image du juge français, à statuer exclusivement sur le terrain de l'équité. En témoigne un arrêt du Tribunal suprême en date du 8 juillet 1993 à travers lequel est expressément affirmé que la seule invocation de l'équité, sans référence à l'application d'une norme concrète, ne saurait suffire à fonder un recours en cassation¹⁰³¹.

352. Au total, le juge, conscient « *du caractère éminemment subjectif et faillible de l'appréciation des circonstances particulières de chaque affaire* »¹⁰³², n'use qu'avec circonspection du jugement en équité. Cette position est loin d'être condamnable. Car, à bien y réfléchir, il n'est guère souhaitable que le juge s'engage outre mesure sur le terrain de l'équité. « *Si elle sortait de son rôle de "correctif" permettant l'adaptation de la règle à des situations très particulières, si elle tendait à affranchir le juge de l'observation de la jurisprudence, l'équité entrerait en conflit avec quelques-unes des vertus cardinales de tout système juridictionnel : la sécurité juridique et l'égalité devant la loi* »¹⁰³³. De surcroît, il n'est pas certain que, sur le terrain de l'équité, le juge soit le plus à même de proposer un règlement des litiges impliquant les droits fondamentaux. La rigidité de son contrôle étant susceptible de préjudicier à l'effectivité d'une telle entreprise, dont le succès s'avère largement conditionné par des qualités de souplesse et d'informalité. On touche ici aux imperfections affectant la fonction corrective des atteintes portées aux droits fondamentaux.

¹⁰²⁵ C.E., 6 juillet 1956, *Monfort*, *Rec.* p. 296.

¹⁰²⁶ C.E., 20 mai 1994, *Herbaux et autres*, req. n° 167940, inédit.

¹⁰²⁷ Cass. soc., 4 décembre 1996, *J.C.P. G.*, 1997, I, 4064, obs. L. Cadet.

¹⁰²⁸ Cass. crim., 24 juillet 1967, *J.C.P. G.*, 1968, II, 15399.

¹⁰²⁹ Outre l'article 3-2 du Code civil, l'article 106 de la loi du 26 novembre 1992 relative au régime juridique des Administrations publiques et à la procédure administrative de droit commun précise que les facultés de révision dont dispose l'administration « *ne pourront être exercées lorsque, à raison de la prescription des arrêts, de l'écoulement du temps ou d'autres circonstances, leur exercice s'avère contraire à l'équité, à la bonne foi, aux droits des particuliers ou aux lois* » (loi n° 30-1992, *op. cit.*).

¹⁰³⁰ Pour une étude approfondie, v. G. Carballo Martínez, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 373-379.

¹⁰³¹ STS, 8 juillet 1993, *R.J.*, 1993, p. 6472.

¹⁰³² M. Combarrous, « L'équité et le juge administratif », *op. cit.*, p. 81.

¹⁰³³ *Ibid.*

B. Un contrôle essentiellement correctif souffrant lui-même d'imperfections

353. Indispensable, le contrôle correctif opéré par le juge, lorsqu'il trouve à s'exercer, se révèle parfois défaillant. Diverses et variées, ces défaillances affectant la procédure d'annulation des actes portant atteintes aux droits fondamentaux s'expriment aussi bien dans le cadre de l'exercice du contrôle opéré par le juge (1) que dans ses effets (2).

1. Un contrôle défaillant dans ses modalités d'exercice

354. Loin d'être étrangers l'un à l'autre, deux facteurs permettent d'illustrer une telle défaillance du processus juridictionnel de sanction de la violation des libertés fondamentales : d'une part, la lenteur de la justice (a), d'autre part, l'incapacité du juge à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics (b).

a. La lenteur de la justice

355. « *Qui juge lentement juge sûrement* »¹⁰³⁴ ! De toute évidence, les juridictions contemporaines semblent avoir pris un peu trop à cœur l'enseignement de Sophocle. Car, tel qu'il a déjà été souligné, « *il est notoire que le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, ne s'est jamais hâté que lentement* »¹⁰³⁵. Or, si « *tout le monde s'accorde pour admettre qu'une justice rapide n'est pas nécessairement une bonne justice, une justice trop lente est toujours une mauvaise justice, quelque irréprochable que soit le raisonnement qui ait amené le juge à sa décision* »¹⁰³⁶. A ce titre, l'adage anglais, trouvant son origine dans la Grande Charte de 1215, n'enseigne-t-il pas : « *Justice delayed is justice denied* » ?

356. Confinant à un véritable déni de justice¹⁰³⁷, la problématique de la lenteur de la justice, commune à l'ensemble des juridictions, exception faite des cours constitutionnelles française et portugaise dans le cadre de leur contrôle de constitutionnalité *a priori*, se présente comme une lacune régulièrement pointée du doigt par les défenseurs de l'ombudsman. Bien entendu, il ne s'agit pas de revenir sur les manifestations et les raisons d'une telle lenteur, mais seulement de démontrer qu'un tel phénomène préjudicie gravement à l'effectivité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. En ce sens que, bien souvent, l'excès de lenteur dont fait preuve le juge, en même temps qu'il participe du processus de renoncement à l'exercice du droit au recours, rend la garantie juridictionnelle illusoire puisque l'atteinte portée aux droits et libertés est définitivement consommée.

¹⁰³⁴ Sophocle, *Œdipe roi*.

¹⁰³⁵ M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰³⁶ R. Denoix de Saint Marc, « Le temps du juge », *R.A.*, 2000, n° spécial, p. 27.

¹⁰³⁷ En ce sens, v. en part. : J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la administración pública », *op. cit.*, p. 406 ; A. Pérez Moreno, « Justicia administrativa y fórmulas alternativas », in *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta, La justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 176 ; J. Van Compernelle, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », *op. cit.*, p. 471.

357. Certes, la France et les pays ibériques, conscients du rôle essentiel joué par le « facteur temps » dans le cadre des procédures concernant les atteintes aux droits fondamentaux¹⁰³⁸, s'efforcent de développer des politiques de lutte contre le délai excessif des jugements. Cette préoccupation croissante exprimée par les autorités nationales à l'égard de la lenteur de la justice trouve, notamment, un écho manifeste dans l'exposé des motifs de la loi espagnole de régulation de la juridiction du contentieux-administratif du 13 juillet 1998 où la problématique de la saturation des prétoires occupe une place centrale¹⁰³⁹.

358. Mais il faut se rendre à l'évidence ; les différentes solutions proposées pour endiguer ce « *mal endémique* »¹⁰⁴⁰, outre qu'elles ne reçoivent pas nécessairement un accueil favorable de la part de l'opinion publique¹⁰⁴¹, n'ont, à ce jour, guère répondu aux espoirs placés en elles. Qu'il s'agisse du juge unique¹⁰⁴², des recours administratifs préalables obligatoires¹⁰⁴³ et, plus largement, des modes alternatifs de règlement des litiges¹⁰⁴⁴, les résultats obtenus jusqu'à présent, bien que visibles¹⁰⁴⁵, s'avèrent largement insuffisants¹⁰⁴⁶. Sempiternelle¹⁰⁴⁷, la lenteur de la justice demeure ainsi une réalité persistante, particulièrement délicate à résorber.

¹⁰³⁸ G. Drago, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *D.A.*, 2004, n° 6, étude 11.

¹⁰³⁹ Sur cette question, v. D. Berberoff Ayuda, « Los juzgados de lo contencioso-administrativo », in J.L. Requero Ibáñez et J. Rodríguez-Zapata Pérez (Dir.), *Balance de cinco años de aplicación de la ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial 46, Consejo general del poder judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2003, p. 32.

¹⁰⁴⁰ J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la administración pública », *op. cit.*, p. 406.

¹⁰⁴¹ Par exemple, en France, seul un quart des personnes sondées à l'occasion d'une étude menée par l'Ifop en mai 2008 estime que l'objectif de réduction de la longueur des procédures justifie le développement du juge unique (cité par K. Weidenfeld, « La perception de la justice administrative par les Français : le reflet abstrait d'une réalité ignorée », *op. cit.*, p. 12).

¹⁰⁴² D. Berberoff Ayuda, *op. cit.*, p. 24 ; C. Boiteau, « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 10 ; M.-A. Cohendet, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *R.F.D.C.*, 2006, p. 713 ; M. Rivero González, « Los juzgados de lo contencioso-administrativo : balance de cinco años de funcionamiento de órganos unipersonales en la jurisdicción contencioso-administrativa », in J.L. Requero Ibáñez et J. Rodríguez-Zapata Pérez (Dir.), *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁴³ J.-C. Bonichot, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *op. cit.*, p. 81 ; A. Garcia, *Le recours administratif préalable obligatoire*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁴ J. Bermejo Vera, « La fórmula extrajudicial, como alternativa al proceso », in *La justicia administrativa, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta*, *op. cit.*, pp. 198 et ss ; P. Lkayser, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, n° 3, p. 203 ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *op. cit.*, p. 3 ; J. Tornos Mas, « Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos », *op. cit.*, p. 149 ; C.E., *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁵ C'est ainsi que, en France, « alors que le nombre de magistrats des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel n'a été multiplié que par 3,5 pendant la même période, les délais de jugement des affaires ont été réduits de plus de 20 % au Conseil d'Etat et dans les tribunaux administratifs et de plus de 50 % dans les Cours d'appel [...] » (J.-J. Hyst, *Rapport d'information n° 353 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le bilan du cycle d'auditions (2007-2008) des autorités en charge de la protection du droit et des libertés fondamentales qui relèvent du champ de compétence de ladite commission*, Sénat, 2007-2008, p. 13).

¹⁰⁴⁶ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer aux statistiques précédemment données sur les délais moyens de jugement devant les juridictions administratives françaises et ibériques (v. *supra*, n° 269-271).

¹⁰⁴⁷ Déjà les Cahiers généraux de 1789 relatent des plaintes récurrentes vis-à-vis des la longueur des procès (v. D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, *op. cit.*, p. 4).

359. Or, « à force pour le juge de croire qu'il a toujours assez de temps pour rendre justice, le plaideur n'en aura plus pour la recevoir : le temps seul aura décidé de son sort, et le remède trop lent ne trouvera plus de malade en état de profiter »¹⁰⁴⁸. Faisant ainsi perdre tout effet utile à la protection offerte par le juge, « il y a un point où rendre la justice trop tard équivaut [effectivement] à ne pas la rendre du tout »¹⁰⁴⁹. A savoir que, lorsque le juge intervient trop tardivement dans le litige, l'atteinte ne peut être systématiquement réparée et la liberté rétablie. En cette matière, « le comble est atteint dans l'absurdité lorsqu'un requérant se trouve obtenir en fin de procédure une décision dont le contenu lui donne satisfaction, mais que le caractère tardif rend parfaitement inopérant »¹⁰⁵⁰. Une telle situation, loin d'être exceptionnelle, est susceptible de se présenter dès l'instant où l'action en justice porte sur une situation temporaire ou un fait qui risque de devenir irréversible. Le Sieur Pluchart peut en témoigner lui qui, victime d'un arrêté d'internement administratif, fut probablement bien avancé d'apprendre, quinze années après l'adoption de cette mesure, que l'administration, en agissant de la sorte, avait porté atteinte à son droit fondamental à la liberté individuelle¹⁰⁵¹.

360. Et si le requérant se trouve généralement indemnisé du préjudice subi, l'administration, bénéficiant du fait accompli, « aura atteint le but qu'elle s'était proposée dès le départ ; elle aura acheté sa liberté vis-à-vis du droit et du juge à un prix d'autant plus léger à ses yeux que c'est le contribuable, en définitive qui supportera l'indemnité. Un pareil résultat ne fait donc que consacrer l'impuissance du juge à faire prévaloir le droit »¹⁰⁵². De sorte que, en définitive, la seule solution pour que la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux ne confine pas à une satisfaction purement morale semble résider dans la saisine du juge de l'urgence, lequel, on l'a vu, permet de pallier les effets néfastes de la lenteur des procédures juridictionnelles en prononçant la suspension d'une mesure potentiellement illégale. Pour autant, encore faut-il qu'un recours en ce sens soit introduit car le caractère exécutoire des décisions administratives exclut tout effet suspensif de plein droit devant les juridictions administratives.

361. Cette lenteur excessive de la justice n'est pas étrangère à un autre mal entravant l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits constitutionnellement garantis : l'incapacité du juge à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics.

b. L'incapacité du juge à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics

362. Classiquement appréhendée comme l'un des principaux facteurs explicatifs du mouvement d'internationalisation de l'ombudsman à la sortie de la Seconde Guerre

¹⁰⁴⁸ Chancelier d'Aguesseau, cité par M. Vialettes, A. Courrèges et A. Robineau-Israël, « Le temps de la justice administrative », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, *op. cit.*, p. 843.

¹⁰⁴⁹ M. Waline, *Traité de droit administratif*, Sirey, Paris, 9^{ème} éd., 1963, p. 144.

¹⁰⁵⁰ P. Verrier, « Le Médiateur », *op. cit.*, p. 945.

¹⁰⁵¹ C.E., 17 avril 1959, *Pluchart*, *Rec.* p. 1061.

¹⁰⁵² J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *op. cit.*, p. 832.

mondiale¹⁰⁵³, l'omniprésence des pouvoirs publics dans le quotidien des particuliers se présente comme une inévitable source d'atteintes aux droits fondamentaux que le juge ne parvient pas nécessairement à canaliser.

363. La place centrale des pouvoirs publics dans le quotidien des citoyens. C'est un fait, les pouvoirs publics, spécialement l'administration¹⁰⁵⁴, occupent une place centrale dans la vie quotidienne des individus¹⁰⁵⁵. De la naissance au décès, l'intervention de divers organes administratifs est constante et inévitable¹⁰⁵⁶. A l'évidence, cet interventionnisme croissant des pouvoirs publics s'avère étroitement lié à l'apparition du modèle de l'Etat providence. Procédant d'une remise en cause des fondements de l'Etat de droit, l'avènement de l'Etat providence se trouve effectivement à l'origine d'une conception renouvelée de la fonction étatique. A l'objectif de limitation de la puissance de l'Etat se substitue la représentation d'un Etat investit de la mission de satisfaire les besoins de tous ordres des individus et des groupes¹⁰⁵⁷. Il en résulte une intervention illimitée de la puissance publique dans les rapports économiques et sociaux dont l'illustration la plus éclatante réside certainement dans le développement de services publics de prestations visant à satisfaire l'effectivité des droits-créances. Or, aussi indispensable soit-elle, cette immixtion de l'administration dans les rapports sociaux, à laquelle les individus ne sont pas étrangers¹⁰⁵⁸, ne va pas sans ébranler le soubassement libéral de l'Etat de droit dans la mesure où elle contribue à altérer le « *découpage symbolique de l'espace social en deux sphères soigneusement cloisonnées, l'"Etat" d'une part, la "société civile" d'autre part* »¹⁰⁵⁹. Bref, le paradigme de l'Etat providence, en tant qu'il postule que l'Etat doit jouer un rôle actif dans la recherche du progrès économique et social¹⁰⁶⁰, légitime une intervention accrue des pouvoirs publics au

¹⁰⁵³ V. par ex. : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, pp. 302-303 ; A. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, p. 140 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 15 ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 18 ; F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramós Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁵⁴ Le professeur Michel Dran rappelle à ce titre que « *le risque de violation par le pouvoir gouvernemental est plus grand que de la part du pouvoir législatif car la vie quotidienne met en présence l'individu et l'énorme machine administrative, et la victime se trouve isolée devant cette administration toute puissante qu'elle trouve constamment, sous différents aspects, en face d'elle* » (*Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, p. 113).

¹⁰⁵⁵ V. par ex. L. Parejo Alfonso, *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3^{ème} éd., 2010, pp. 17-18.

¹⁰⁵⁶ R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁵⁷ Sur ces questions, v. J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁵⁸ Un paradoxe évident réside effectivement dans le fait que les individus, en même temps qu'ils revendiquent le respect de leur sphère individuelle privée par la puissance étatique, exigent de cette dernière la mise en place de services publics de prestation, ce qui ne peut se réaliser sans une politique sociale interventionniste. En d'autres termes, « *les principaux sous-systèmes sociétaux, en mêmes temps, rejettent et appellent l'Etat. Ce "double-lien" (double-blind) façonne la communication publique et révèle quelques traces de schizophrénie* » (H. Willke, « Diriger la société par le droit ? », *A.P.D.*, 1986, tome 31, p. 202). Pour une vision pragmatique de cette demande d'Etat, v. Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, L.G.D.J., Droit et société, vol. 33, 2002, 23 et ss.

¹⁰⁵⁹ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 61. Dans le même sens, v. J.J. Gomes Canotilho, « O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também », in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *op. cit.*, p. 715.

¹⁰⁶⁰ C.-D. Ehaudemaison (Dir.) et alii., *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, *op. cit.*, p. 196.

sein de la sphère individuelle privée de nature à alimenter les risques de violation des libertés fondamentales, en tête desquels les droits-libertés classiques¹⁰⁶¹.

364. Certes, il faut bien reconnaître que, de nos jours, l'expansion de l'emprise étatique sur la vie sociale se trouve de plus en plus remise en cause. Pendant que les auteurs les plus autorisés s'accordent pour parler de crise de l'Etat providence¹⁰⁶², l'évolution du modèle économique européen paraît définitivement s'orienter vers un système ultralibéral synonyme de désengagement de la puissance étatique de la sphère économique et sociale. De cette volonté actuelle de laisser une place plus importante à l'initiative privée, il ne faudrait pas pour autant en déduire un retrait absolu des pouvoirs publics de la vie sociale. Au contraire, les modèles économiques français et ibérique fonctionnent toujours, et c'est heureux, sur la base d'un système de protection sociale et de redistribution des richesses, au sein duquel les pouvoirs publics continuent de jouer un rôle majeur. Il s'ensuit que si la puissance publique s'avère de plus en plus disposée à déléguer certaines de ses activités de service, l'administration n'est jamais très loin¹⁰⁶³.

365. En outre, des problématiques plus contemporaines, liées aux mutations de système économique et social, encouragent, à leur tour, l'immixtion de la puissance étatique au sein de la sphère individuelle privée. Notamment, l'accélération du temps social¹⁰⁶⁴ et la complexification croissante de nos sociétés post-modernes, rythmés par le développement frénétique des médias, des nouvelles technologies et d'une économie résolument concurrentielle, obligent les pouvoirs publics à faire preuve d'une réactivité immédiate et à développer des modes d'interventions nouveaux afin d'encadrer l'activité des personnes physiques et morales dans ces différentes matières¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹ Dans un sens contraire, le professeur Léon Duguit considère toutefois que « *la croissance des fonctions de "service public" entraîne une nouvelle limitation de l'arbitraire des gouvernants puisque ceux-ci se trouvent obligés d'agir dans un sens déterminé* » (P. Raynaud, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit », *Droits*, 1985, n° 2, p. 67).

¹⁰⁶² Selon Pierre Rosanvallon, l'Etat-providence connaît effectivement une triple crise depuis les années 1970. Crise financière, tout d'abord, liée à la fin de la forte croissance des Trente Glorieuses et à l'origine d'une remise en cause du mode de financement de l'Etat. Crise d'efficacité, ensuite, résultant de l'incapacité de la puissance étatique à résoudre les problèmes socio-économiques comme il semblait y parvenir auparavant. Crise de légitimité, enfin, tenant à l'opacité des dépenses publiques et à l'impopularité suscitée par certaines politiques fiscales davantage perçues comme des impôts supplémentaires que des opportunités de redistribution (*La crise de l'Etat-providence, op. cit.*).

¹⁰⁶³ En revanche, et c'est là tout le paradoxe de la crise de l'Etat providence, les pouvoirs publics, malgré une intervention toujours importante dans la sphère sociale, ne parviennent plus à satisfaire systématiquement la demande de prestations. Ce qui, au demeurant, ne va pas sans participer à l'effritement du mythe d'une administration publique « *comme un bloc unitaire, une machine bien huilée, un "appareil" fonctionnant d'un seul tenant (principes de hiérarchie et d'unité), pour le plus grand bien du public (idéologie de l'intérêt général et du service public)* » (J. Chevallier, « La politique française de modernisation de l'administration », *in Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'Etat de droit, op. cit.*, pp. 84-85).

¹⁰⁶⁴ Ce phénomène, qui d'un point de vue strictement scientifique est un non sens, est largement développé par D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel, op. cit.*, pp. 7 et ss.

¹⁰⁶⁵ Cette situation est parfaitement résumée par le professeur Charles Debbsch lorsqu'il affirme : « *les mutations se sont accentuées, et de plus en plus, l'une des fonctions essentielles de l'administration est de prévoir l'ordre à venir et d'assurer les transformations de la société. Ce nouveau visage de l'administration entrepreneur la conduit à intervenir dans les rapports sociaux, dans les équilibres économiques. Il nécessite des actions sur les personnes physiques et morales, sur les biens et les obligations. Le traditionnel registre d'interdits du droit administratif ne paraît plus convenir à ces activités nouvelles qui font de l'administration un*

366. Ce faisant, l'omniprésence des pouvoirs publics dans le quotidien des particuliers demeure une réalité persistante. L'administration, en particulier, « *n'est pas transcendante au champ des rapports sociaux ; elle n'est pas située dans un "ailleurs" ou un "au-delà", mais pleinement insérée dans le tissu social* »¹⁰⁶⁶. Pris au piège de sa propre rationalité, l'appareil administratif développe, en effet, une emprise sans limite sur la société¹⁰⁶⁷, dont il découle un risque de violation des droits et libertés des particuliers. Risque inévitablement accentué au regard des prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration et, plus largement, de la relation inégalitaire présidant les rapports que cette dernière entretient avec les administrés¹⁰⁶⁸.

367. Evidemment, la règle de droit élaborée par l'administration ne sacrifie pas nécessairement les garanties offertes aux administrés. Comme l'écrit très justement le professeur Jean Rivero, « [...] *il y aurait quelque puérité à imaginer une conjuration permanente et générale de l'administration contre la liberté des citoyens, alors même que les agents qui donnent corps à cette administration sont eux-mêmes des citoyens, baignés dans le milieu national, et partagent dans une large mesure ses aspirations et ses idéaux* »¹⁰⁶⁹. Par ailleurs, la science administrative a considérablement œuvré en faveur d'une amélioration des rapports entre l'administré et l'administration. En dénonçant « *l'opacité, voire l'inhumanité d'une administration, monde clos sur lui-même* »¹⁰⁷⁰, elle a permis l'adoption de mesures visant à rapprocher les particuliers de leur administration¹⁰⁷¹. Toutefois, malgré ces différentes

partenaire essentiel des relations sociales financières et économiques les plus importantes. Autant il était légitime d'entourer d'un réseau de barbelés les actions traditionnelles de l'administration, plus la machine à vapeur grinçait moins elle agissait plus cela était favorable à l'intérêt des citoyens, autant il apparaît aujourd'hui nécessaire de permettre à l'administration d'agir avec la rapidité de l'engin spatial, la force du bulldozer, la liberté de l'oiseau » (« Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », *op. cit.*, p. 346).

¹⁰⁶⁶ J. Chevallier et D. Lochak, *La science administrative*, Que sais-je ?, P.U.F., 1^{ère} éd., 1980, p. 30.

¹⁰⁶⁷ Sur cette question, v. M. Collet, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise », *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁶⁸ A la vérité, le seul concept d'administré « *implique d'appréhender la relation juridico-administrative comme une relation dans laquelle l'administration assume une position de pouvoir et d'action face à un sujet passif qui doit supporter son intervention. L'Administration "administre" et s'impose à un sujet privé qui arbore la position passive d' "administré"* » (J. Tornos Mas, « Los ciudadanos y su posición jurídica », in T. Cano Campos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas*, *op. cit.*, p. 13).

¹⁰⁶⁹ J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *op. cit.*, p. 818. Dans un sens similaire, v. J.-P. Gualazzi, « Les fonctionnaires et la maladministration », *R.F.A.P.*, 1988, p. 31.

¹⁰⁷⁰ J.-P. Costa, « Un couple mal connu. Science administrative et Etat de droit », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'Etat de droit*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁷¹ En France, c'est notamment l'objet de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, laquelle a pour objet de rendre les autorités administratives plus accessibles, plus transparentes et, surtout, plus proches du citoyen (loi n° 2000-321, *J.O.* du 13 avril 2000, p. 5646). Le recours à la notion de citoyen et non plus d'administré est à cet égard significatif de la volonté d'atténuer le rapport d'inégalité gouvernant les relations entre les particuliers et la puissance publique. Un constat similaire peut être dressé en Espagne avec la loi du 26 novembre 1992 relative au régime juridique des Administrations Publiques et à la Procédure Administrative de droit commun (loi n° 30-1992, *B.O.E.* du 27 novembre 1992, p. 40300). Tandis que son article 35 consacre l'ensemble des droits dont dispose le citoyen dans ses relations avec l'administration, l'exposé des motifs reflète un changement de mentalité en substituant aux concepts classiques d'administré et d'usager celui de citoyen (sur ce point, v. J. Tornos Mas, « Los ciudadanos y su posición jurídica », *op. cit.* pp. 14 et 22-23).

mesures, on ne saurait nier qu'une administration toujours plus présente accroît inévitablement les risques de violation des droits fondamentaux. Le problème est que le juge ne parvient pas systématiquement à couvrir l'ensemble des modalités d'action de l'administration¹⁰⁷² et, partant, à tempérer les excès générés par cette omniprésence des pouvoirs publics dans le quotidien des administrés.

368. La difficulté du juge à connaître de l'ensemble des interventions des pouvoirs publics. Divers et variés, les facteurs susceptibles d'expliquer cette défaillance du contrôle juridictionnel tiennent, tout d'abord, à l'excès de rigidité et de formalisme caractérisant l'intervention du juge. En effet, eu égard à la lourdeur du dispositif de protection mis en œuvre, le juge ne peut prétendre qu'à une réactivité limitée. De ce manque d'agilité¹⁰⁷³, il en résulte inexorablement une incapacité à faire face aux bouleversements juridiques, économiques et sociaux, toujours plus fréquents, dictés et encadrés par les autorités normatives. En somme, resurgit une fois de plus la problématique récurrente de la lenteur de la justice. Or, en l'occurrence, c'est un véritable cercle vicieux qui se met en place car, plus les pouvoirs publics interviennent, plus les recours introduits devant le juge tendent à augmenter et, fatalement, plus ce dernier rencontre des difficultés pour suivre l'inexorable marche en avant de l'administration¹⁰⁷⁴. Sans compter que cet « *écart grandissant entre le temps social et le temps des procédures* »¹⁰⁷⁵ se trouve inévitablement accentué par le déficit de moyens mis à la disposition de la justice. Car, s'il est besoin de le rappeler, « *le juge chargé de la liberté au quotidien [...] est un juge de terrain, souvent dépourvu de moyens suffisants, confronté à des problèmes prosaïques de secrétariat, de crédits, de dactylographie, de notification des jugements, de rapports avec la police et avec le milieu local dans lequel il vit au plan local. Que ce "petit juge" soit appelé à protéger les libertés, et le contraste entre sa mission et ses moyens d'action prendra un relief cruel, qu'une société matérialiste, attachée aux signes de richesse et de pouvoir, ne manquera pas de souligner de façon sarcastique* »¹⁰⁷⁶.

369. A ce manque d'agilité et de rapidité du juge s'ajoute, ensuite, les insuffisances afférentes à la nature même du contrôle juridictionnel. En particulier, les tribunaux, quels qu'ils soient, ne pouvant statuer *ultra petita*, sont tenus par les termes du litige. Or, il arrive parfois que le juge, saisi d'un recours d'un administré, soit amené à connaître de pratiques condamnables qu'il ne peut sanctionner, faute d'être appelé à se prononcer à cet égard.

370. Enfin, la complexification croissante de nos sociétés implique que les contentieux qui se nouent avec les pouvoirs publics interviennent dans des matières particulièrement

¹⁰⁷² Sur ce point, v. not. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2670 ; A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 308 ; B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, p. 626 ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 547.

¹⁰⁷³ Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁷⁴ V. en ce sens J. Robert, « La bonne administration de la justice », *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁷⁵ D. Cholet, *La célérité de la procédure en droit processuel*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁷⁶ J.-P. Costa, « le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 82.

techniques, telles que la médecine, l'économie ou la gestion, mobilisant des connaissances et un savoir-faire spécifique parfois ignorés du juge¹⁰⁷⁷. Aussi la société espagnole réclame-t-elle de façon insistante la spécialisation des organes judiciaires qui les servent afin d'obtenir des réponses adaptées à leurs attentes¹⁰⁷⁸.

371. En définitive, il semble possible de conclure, avec les professeurs Ramón Ramos Torres et José Vicente Gómez Rivas, que « *dans un contexte où les pouvoirs publics affectent la vie des personnes de leur naissance à leur disparition et ce durant toutes les heures de la journée, il est indispensable de mettre en place de nouvelles formes de protection des droits et libertés des citoyens. Les institutions qui traditionnellement assument ce rôle, confrontées à un scénario nouveau, ne sont pas capables de donner les réponses adaptées, ce qui ne veut pas dire qu'elles sont inutiles, mais qu'elles ne peuvent embrasser les multiples aspects qui doivent aujourd'hui être affrontés* »¹⁰⁷⁹. Défaillant dans ses modalités d'exercice, le contrôle juridictionnel l'est également dans ses effets, notamment en raison de la survivance d'entrave à l'exécution des décisions de justice.

2. Un contrôle défaillant dans ses effets : la survivance d'entraves à l'exécution des décisions de justice

372. Revêtue de l'autorité de la chose jugée, l'exécution d'une décision de justice est théoriquement obligatoire. Cependant, en pratique, les choses se révèlent souvent plus complexes. Tandis que des causes légitimes d'inexécution peuvent survenir, telles que la nécessité de préserver un intérêt public prééminent¹⁰⁸⁰, voire le principe même de légalité¹⁰⁸¹, des facteurs objectifs tenant à des changements de circonstances de fait ou de droit sont susceptibles de faire perdre tout effet utile à l'exécution de la décision.

¹⁰⁷⁷ D. de Béchillon, « Comment légitimer l'office du juge ? », *op. cit.*, p. 480.

¹⁰⁷⁸ C. Lesmes Serrano, « Derecho orgánico judicial contencioso-administrativo », in F.J. Pueyo Calleja (Dir.), *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁰⁷⁹ F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 10. Dans un sens similaire, le lecteur pourra utilement se reporter à : A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁸⁰ Un exemple topique est donné en France par la jurisprudence du Conseil d'Etat *Couitéas* (C.E., 30 novembre 1923, *Rec. p.* 789 ; *R.D.P.*, 1924, pp. 75 et 208 ; concl. R. Rivet, note G. Jèze). En l'espèce, le Sieur Couitéas, ne parvenant pas à obtenir du gouvernement l'exécution d'un jugement ordonnant l'expulsion d'une tribu de 8000 autochtones occupant son terrain de 38000 hectares en Tunisie, se tourne vers le Conseil d'Etat pour obtenir satisfaction. L'exécution du jugement impliquant l'organisation d'une véritable expédition militaire, le Conseil d'Etat pose le principe en vertu duquel : « *lorsque le concours de la force publique risque d'entraîner des troubles plus graves que celui que fait naître l'inexécution de la décision de justice, l'administration est en droit de le refuser* » (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 17^{ème} éd., 2009, p. 241). Une position jurisprudentielle similaire est observable sur la péninsule ibérique. En ce sens, v. par ex. : R. Esteves de Oliveira, « Processo executivo : algumas questões », in *A reforma da justiça administrativa*, *op. cit.*, pp. 252-254 ; R. Gómez-Ferrer Rincón, *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson, Civitas, Pamplona, 1^{ère} éd., 2008, pp. 205 et ss.

¹⁰⁸¹ Par exemple, en Espagne, le législateur, conscient que l'exécution d'une décision de justice peut conduire les pouvoirs publics à agir dans un sens contraire à l'ordonnement juridique, a inscrit, au sein de la loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif, le principe selon lequel la défense du principe de légalité constitue une raison justifiant la substitution d'une indemnisation pécuniaire à l'exécution *stricto sensu* de la décision (art. 105.2 de la loi n° 29-1998 du 13 juillet 1998, *op. cit.*).

373. Surtout, et de façon plus inquiétante, il importe de constater que, toujours à l'heure actuelle, les pouvoirs publics continuent d'opposer une résistance au respect de l'autorité de la chose jugée ou interprétée attachée aux décisions de justice. A l'évidence, l'affirmation peut à première vue surprendre eu égard, d'une part, aux différents pouvoirs d'injonction et d'astreinte attribués au juge administratif ces dernières années, d'autre part, au développement d'une jurisprudence très vigilante vis-à-vis du recours au mécanisme des validations législatives¹⁰⁸². Pourtant, de telles avancées, aussi salutaires soient-elles, se révèlent insuffisantes pour enrayer cette tendance à l'inexécution des décisions de justice. Deux éléments permettent d'étayer une telle affirmation.

374. En premier lieu, il n'est pas rare que la majorité politique invite l'administration et les magistrats à ne pas suivre les décisions rendues par le juge de la constitutionnalité des lois. La France offre quelques exemples de cette pratique inacceptable dans un Etat de droit. On songera notamment à la directive adressée par le gouvernement aux représentants du ministère public, invitant ces derniers à ne pas suivre la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 novembre 1973 relative aux peines privatives de liberté¹⁰⁸³. Ou, encore, à l'attitude du ministre de l'intérieur visant à neutraliser la décision *Fouille des véhicules*, en date du 12 janvier 1977¹⁰⁸⁴, en précisant que cette décision d'invalidation n'affecte nullement les nombreux autres textes, déjà promulgués, portant autorisation de la fouille des véhicules¹⁰⁸⁵. Or, « *si la décision du 12 janvier 1977 ne s'oppose pas en principe à la fouille des véhicules (pourvu qu'elle soit entourée de précautions très strictes), elle n'a nullement reconnu (elle a même démenti) l'existence d'un "droit de fouiller les véhicules" »*¹⁰⁸⁶.

375. En second lieu, il convient de ne pas sous-estimer la propension du constituant à modifier le texte constitutionnel pour faire échec à une décision de justice sanctionnant une loi attentatoire aux droits et libertés reconnus par la norme suprême. Car si le juge constitutionnel est en mesure de défendre les droits de l'homme contre le législateur, il ne saurait, en revanche, les imposer au constituant, en particulier lorsque la majorité gouvernementale est suffisante pour procéder à la révision de la Constitution¹⁰⁸⁷. Rouage d'un processus dont-il n'a pas vraiment la maîtrise¹⁰⁸⁸, le juge de la constitutionnalité, de par ses décisions, « *déclenche quelque-fois les foudres du gouvernement et du législateur et provoque de la sorte l'inscription dans la Constitution d'une régression d'un droit de*

¹⁰⁸² V. *supra*, note n° 280.

¹⁰⁸³ Cité par Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 342.

¹⁰⁸⁴ Cons. const., décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, *op. cit.*

¹⁰⁸⁵ En ce sens, v. A.S. Ould Bouboutt, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1987, p. 362.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ Sur ce point, v. Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 340.

¹⁰⁸⁸ En ce sens, le doyen Vedel écrit très justement que « *le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est donc pas un censeur mais un "aiguilleur". Il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles qu'il est chargé d'appliquer, à le diriger sur la "bonne voie" »* (« Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 151).

*l'homme [...] »*¹⁰⁸⁹. Plus qu'une inexécution de la décision de justice, il s'agit là d'une véritable neutralisation de son effectivité. « *La décision du juge perd alors tout effet protecteur et est instrumentalisée par le gouvernement et sa majorité pour ouvrir un débat dont ils espèrent tirer d'importants profits symboliques* »¹⁰⁹⁰. Sur ce point, les systèmes juridiques français et ibériques accusent néanmoins d'importantes différences.

376. De l'autre côté des Pyrénées, le risque de neutralisation des effets d'une décision de justice par le biais d'une révision constitutionnelle se trouve atténué par la rigidité des règles de révision de la Constitution lorsque certains droits fondamentaux sont en jeu. En effet, après l'effondrement des dictatures franquiste et salazariste, les constituants espagnol et portugais, soucieux de garantir l'effectivité des principes de la démocratie et de l'Etat de droit, ont exprimé la volonté, dans la lignée de la plupart des Constitutions modernes¹⁰⁹¹, de mettre à l'abri les droits de la personne humaine de l'intervention du constituant dérivé.

377. En Espagne, l'article 168 de la Constitution prévoit ainsi une procédure spéciale de révision lorsque celle-ci a trait aux droits et libertés de premier rang. Caractérisée par une exceptionnelle complexité, cette procédure, ayant pour conséquence de rendre les révisions quasiment impossibles¹⁰⁹², implique une dissolution des *Cortes* après approbation du principe de la réforme à la majorité des deux tiers. Les chambres nouvellement élues doivent alors ratifier la décision de révision et approuver l'une et l'autre la réforme constitutionnelle à la majorité des deux tiers. La révision n'est ensuite régulièrement approuvée qu'après référendum¹⁰⁹³.

378. Au Portugal, l'article 288 de la Constitution, plus qu'une procédure de révision renforcée, impose au constituant dérivé une obligation absolue de respecter les dispositions relatives, d'une part, aux droits, libertés et garanties des citoyens, d'autre part, aux droits des travailleurs, des commissions de travailleurs et des associations syndicales¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 336.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ Par exemple, l'article 79-1 de la Loi fondamentale Allemande de 1949 prévoit l'irrecevabilité de toute révision de la Constitution affectant les principes énoncés aux articles 1 et 20, c'est-à-dire les principes relatifs aux droits fondamentaux.

¹⁰⁹² F. Rubio Llorente, « Espagne », in *Table ronde : Révisions de la Constitution et justice constitutionnelle*, A.I.J.C. 1994, p.75.

¹⁰⁹³ Sur les limites matérielles de la révision de la Constitution en Espagne, v. not. : B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000 ; J. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987 ; J.L. Requejo Pagés, « Artículo 168 », in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero et Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, *op. cit.*, p. 2765.

¹⁰⁹⁴ Pour des études approfondies de cette question, v. en part. : J. Miranda, « Os limites materiais de revisão constitucional », *R.J.*, 1990, n° 13-14, p. 7 ; L. Pinto, *Constituição e Teoria dos Limites materiais do poder Constituinte*, Coimbra, 1995 ; A.A. Santos, « Os limites materiais de revisão constitucional a luz da doutrina e do bom senso », in M.B. Coelho (Coord.), *Portugal - O Sistema Político e Constitucional*, *op. cit.*, p. 1037.

379. Partant, sur la péninsule ibérique, le risque de contournement, par le pouvoir constituant, des décisions de justice portant condamnation des normes contraires aux droits fondamentaux se trouve, *grosso modo*, réduit aux seuls droits économiques et sociaux¹⁰⁹⁵.

380. En France, au contraire, l'absence de procédure de révision renforcée des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés¹⁰⁹⁶ amplifie ce risque d'intervention du pouvoir constituant dérivé en vue de faire échec à l'autorité des décisions rendues par le juge constitutionnel. Certes, les conditions de majorité parlementaire requises par l'article 89 de la Constitution empêchent un recours quotidien à ce procédé. Pour autant, on ne saurait conclure à son inexistence. La révision constitutionnelle en date du 25 novembre 1993 en est une illustration éclatante¹⁰⁹⁷. Traduction de l'idée selon laquelle « *le dernier mot n'est jamais au Conseil [constitutionnel]* »¹⁰⁹⁸, cette révision, en substituant au droit subjectif à l'asile une faculté pour l'Etat de donner l'asile¹⁰⁹⁹, enterre l'obligation, dégagee quelques mois auparavant par la décision *Maîtrise de l'immigration*¹¹⁰⁰, d'accorder l'asile à « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté* ».

381. Préjudicant à l'efficacité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, cette hostilité parfois exprimée par les pouvoirs publics à l'adresse des décisions de justice intervenant dans le domaine des droits et libertés est susceptible de s'expliquer au regard du manque de souplesse caractérisant le contrôle opéré par le juge. A savoir que le juge rencontre régulièrement des difficultés pour expliquer à l'administration et au législateur les raisons qui l'ont conduit à censurer telle ou telle disposition et, par conséquent, ne parvient pas toujours à apaiser les tensions liées à des décisions dont le caractère contraignant et coercitif est souvent ressenti comme un obstacle à la concrétisation de projets politiques considérés comme indispensables. Il en résulte que, « [...] *bien souvent le juge ne peut que mettre fin au litige par une décision qui aura l'autorité de chose jugée, mais pas la qualité de la chose acceptée. Comme le dit la sagesse chinoise, "un an de procès, dix ans de rancune"* »¹¹⁰¹. D'où la nécessité de recourir à des autorités de contrôle privilégiant des modalités d'intervention plus

¹⁰⁹⁵ Ce qui ne fait que confirmer, une fois de plus, le degré de protection atténué dont bénéficie cette catégorie de droits.

¹⁰⁹⁶ En effet, la Constitution française, tandis qu'elle n'organise qu'une procédure de révision unique, prévue par l'article 89, ne consacre pas, à l'image du Portugal, d'interdiction absolue de révision de certaines de ces dispositions, si ce n'est celle relative à la forme républicaine du gouvernement.

¹⁰⁹⁷ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile, *J.O.* du 26 novembre 1993, p. 16296.

¹⁰⁹⁸ R. Badinter, *Le Monde*, 5-6 mars 1995, cité par Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 340.

¹⁰⁹⁹ « *La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* ». Pour un commentaire critique, v. F. Julien-Laferrrière, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », in G. Koubi (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., 1996, p. 214.

¹¹⁰⁰ Cons. const., décision 93-325 DC du 13 août 1993, *op. cit.*

¹¹⁰¹ Ch. Jarrosson, « Le médiateur : questions fondamentales », in *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Colloque organisé par le centre français de droit comparé avec le centre français du commerce extérieur, Société de législation comparée, 17 novembre 2000, p. 20.

souples, telles que le dialogue et la persuasion, susceptibles de se révéler plus adaptées à la résolution de certains conflits impliquant les pouvoirs publics.

382. Au total, il apparaît possible d'affirmer que la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, de par ses modalités d'exercice, souffre d'un déficit d'efficacité évident. Inadapté à certaines exigences des droits et libertés constitutionnellement garantis, le contrôle essentiellement correctif opéré par le juge, lorsqu'il trouve à s'exercer, présente des imperfections criantes. Au-delà de cette efficacité relative de la protection des droits et libertés offerte par le juge, l'attachement de ce dernier aux droits fondamentaux n'est pas toujours aussi prononcé qu'une première approche le laisse penser.

§ 3. L'attachement parfois altéré du juge aux droits fondamentaux

383. En dépit de sa sensibilité à la problématique des droits de la personne humaine, le juge ne manque pas de faire l'objet d'importantes suspicions de la part de certains auteurs¹¹⁰², lesquels s'efforcent de souligner qu'« *il ne faudrait pas déduire avec trop de certitude que les progrès de l'État de droit se confondent, de façon linéaire et irréversible, avec l'attribution aux juges de la tâche de défendre les libertés* »¹¹⁰³. Sans remettre en cause l'attachement du juge aux droits fondamentaux¹¹⁰⁴, on ne saurait effectivement occulter que, parfois, sa jurisprudence participe davantage d'un mouvement de régression que de progrès. Tandis que certaines juridictions, spécialement pénales, sont par nature chargées de porter atteinte aux libertés¹¹⁰⁵, le tempérament conservateur du milieu de la magistrature constitue une source de résistance aux changements intervenants dans le domaine des droits fondamentaux (A). De surcroît, l'amenuisement du contrôle parfois opéré par le juge conduit celui-ci à valider des dispositions normatives potentiellement attentatoires aux droits de la personne humaine (B).

A. La résistance aux évolutions dans le domaine des droits fondamentaux

384. A l'encontre d'un point de vue dominant¹¹⁰⁶, il n'est pas certain que l'origine sociale et professionnelle des magistrats prédispose nécessairement ces derniers à s'ériger en fervents promoteurs des droits fondamentaux. Supposer « *chez ces personnalités une indépendance d'esprit et une sagesse qui se conjuguent à l'idée qu'elles ne peuvent vouloir que la*

¹¹⁰² V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, Frontières du droit, critique des droits*, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 251-254 ; D. Cohen, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 113 ; J.-P. Costa, « le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 75 ; D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 41 ; Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 295 et spéc. pp. 317 et ss.

¹¹⁰³ J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁰⁴ V. *supra*, n° 153 et ss.

¹¹⁰⁵ Comme le souligne le professeur Jean-Paul Costa, « *quand une personne est placée en détention provisoire ou condamnée à une peine d'emprisonnement, c'est un juge qui la prive de sa liberté* » (*op. cit.*, p. 77).

¹¹⁰⁶ V. par ex. : J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, p. 207 ; P. Weil, « Le Conseil statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Ann. fac. droit d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 282 ; D. Rousseau, « La Constitution ou la politique autrement », *Le débat*, 1991, n° 64, p. 182.

liberté [...] relève plus de l'incantation que de la démonstration [...] »¹¹⁰⁷. A la vérité, il est tout aussi probable que le milieu de la magistrature favorise, au contraire, le conservatisme et conduise le juge à se montrer, sinon hostile, du moins méfiant vis-à-vis de changements considérés comme trop brutaux et pourtant indispensables à l'épanouissement des droits et libertés¹¹⁰⁸. Car, à bien y réfléchir, le droit, en tant que promoteur du maintien d'un certain ordre, « rend conservateur ou, du moins, prédispose à le devenir »¹¹⁰⁹.

385. Cette attitude conservatrice des juges, constatée par Edouard Lambert dès le début du XX^e siècle¹¹¹⁰, puis relayée quelques années plus tard par les professeurs Michel Dran¹¹¹¹ et Danièle Lochak¹¹¹², est très clairement résumée par Christophe Vimbert lorsqu'il affirme : « [...] parmi les organes d'application du droit, le juge est le plus prédisposé à ce conservatisme : il doit se montrer constant dans l'application de la loi, par souci de cohérence et pour éviter les contradictions ; il a un certain respect du précédent et le goût de la stabilité ; il garde quelque recul par rapport aux mouvements changeants de l'opinion pour leur préférer les principes établis ; il ne répugne pas à son rôle de contrepoids et d'équilibre [...] »¹¹¹³. Partant, l'*habitus* des magistrats semble plus enclin à la conservation sociale qu'à tout changement brutal et, à plus forte raison, à toute révolution. De ce conservatisme, il s'ensuit que la reconnaissance de certaines formes de libertés par le juge intervient bien après que l'opinion publique ou même les autorités normatives les aient

¹¹⁰⁷ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 324.

¹¹⁰⁸ A la vérité, ce conservatisme semble plus largement inhérent à l'ensemble du champ juridique, expression entendue dans son acception bourdieusienne. Sur ce point, Pierre Bourdieu écrit en effet : « *Le travail juridique exerce des effets multiples : par la vertu de la codification, qui arrache les normes à la contingence d'une occasion particulière en fixant une décision exemplaire (un arrêt par exemple) dans une forme elle-même destinée à servir de modèle à des décisions ultérieures, et qui autorise et favorise à la fois la logique du précédent, fondement du mode de pensée et d'action proprement juridique, il rattache continûment le présent au passé et donne la garantie que, sauf révolution capable de mettre en question les fondements mêmes de l'ordre juridique, l'avenir sera à l'image du passé, que les transformations et les adaptations inévitables seront pensées et parlées dans le langage de la conformité avec le passé* » (« La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *op. cit.*, pp. 15-16).

¹¹⁰⁹ M. Dran, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, *op. cit.*, p. 555.

¹¹¹⁰ « *Les cours de justice reflètent la mentalité moyenne de la profession légale qui, en tous temps et en tous lieux, a toujours été la mentalité sociale la moins perméable aux ferments révolutionnaires ou mêmes réformistes* ». Et à l'auteur d'ajouter : « *L'influence de l'éducation et de l'environnement, la discipline exercée par la crainte révérencielle de l'opinion des collègues et de celle des fidèles, l'aptitude de l'esprit du corps à plier les nouveaux venus sous la règle uniforme de la conduite, se manifeste avec autant d'énergie sur cette prétrise du droit qu'est la magistrature, que sur n'importe quel autre clergé* » (E. Lambert, *Le gouvernement des juges et les luttes contre la législation sociale*, Paris, 1921, pp. 222 et 223, cité par Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 324).

¹¹¹¹ M. Dran, *op. cit.*, pp. 553 et ss.

¹¹¹² D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1972, pp. 313 et ss.

¹¹¹³ C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, L.G.D.J., nouvelle bibliothèque des thèses, tome 72, Paris, 1992, p. 262. Dans un sens similaire, v. R. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 250.

consacrées, ce dernier, loin d'être toujours de son temps¹¹¹⁴, ayant tendance à ne s'incliner devant l'évolution qu'au bout d'un certains temps¹¹¹⁵.

386. Bien entendu, la volonté du juge de prendre un certain recul par rapport aux évolutions de l'opinion publique, notion d'opinion publique des plus douteuses au demeurant¹¹¹⁶, n'est pas nécessairement critiquable, tant la masse se révèle parfois démagogique et propice aux régressions liberticides¹¹¹⁷. Par ailleurs, le professeur Jean Rivero rappelle, à propos du Conseil d'Etat, que « *le meilleur de son héritage que lui a légué sa prestigieuse histoire, c'est peut-être cette sagesse qui ne confond point la tradition avec la simple habitude, et qui sait, au fil du temps, lier renouvellement et continuité* »¹¹¹⁸. Le problème est que le juge chargé de la liberté au quotidien n'est pas un membre d'une haute juridiction ou d'une cour suprême mais un juge de province¹¹¹⁹. Or, peut-on espérer la même sagesse de ce « petit juge » ? Rien n'est moins sûr¹¹²⁰. De surcroît, même le plus prestigieux des juges n'est pas à l'abri de soubresauts réactionnaires. Le professeur Yves Poirmeur ne décrit rien d'autres lorsqu'il affirme que « *la "sagesse" de l'élite est parfois le titre dont s'affuble le conservatisme le plus étriqué en matière de droit et de liberté* »¹¹²¹. Deux exemples, l'un tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'autre de la jurisprudence administrative française, permettent de se convaincre de cette attitude réactionnaire du juge.

387. Le premier exemple est donné par l'arrêt de la Cour européenne *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* relatif à la question des pratiques sexuelles sado-masochistes¹¹²². En l'espèce, la Cour de Strasbourg estime que des condamnations pénales pour coups et blessures infligés lors d'activités sado-masochistes entre adultes consentants n'enfreignent pas le droit au respect de la vie privée parce que nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé. Or, au risque de ne pas emporter l'adhésion, il semble que cette position jurisprudentielle, peut être louable du point de vue de la recherche de protection de l'intégrité physique de l'individu, témoigne de l'excès de conformisme dont peut faire preuve la justice puisque, sous couvert d'une prétendue recherche de protection de la santé publique, la Cour se livre en réalité à une condamnation purement morale de pratiques sexuelles jugées anormales

¹¹¹⁴ Cette qualité est pourtant indispensable pour permettre au juge de « *s'adapter [...] aux mutations sociales (ou sociétales) et adapter la règle de droit qu'il doit ensuite appliquer. Sa fonction jurisprudentielle, c'est-à-dire sa fonction d'élaboration du droit, exige qu'il vive dans son temps et avec son temps* » (D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, *op. cit.*, p. 663, et sur l'ensemble de cette problématique, pp. 663 et ss.).

¹¹¹⁵ En ce sens, v. M. Dran, *op. cit.*, p. 553.

¹¹¹⁶ P. Bourdieu, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, janvier 1973, pp. 1292 et ss.

¹¹¹⁷ En ce sens, v. : R. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *op. cit.*, p. 250 ; Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 321.

¹¹¹⁸ J. Rivero, « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.*, 1954, p. 162.

¹¹¹⁹ J.-P. Costa, « le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 82.

¹¹²⁰ Le professeur Michel Dran constatait ainsi à travers sa thèse de doctorat que, en général, le juge « *est issu des classes moyennes ou de la petite bourgeoisie, qui bien souvent ont peiné pour en arriver à leur situation et ne veulent pas que tout soit remis constamment en cause et, en tous cas, désirent profiter des avantages acquis. Hostiles à tout changement brutal et à plus forte raison à toute révolution, de tels milieux, à l'époque contemporaine, sont par essence conservateurs et respectueux de l'ordre établi* » (*op. cit.*, p. 555).

¹¹²¹ Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 324.

¹¹²² C.E.D.H., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. n° 21627/93 ; 21826/93 et 21974/93 ; *D.*, 1998, p. 97, note J.-M. Larralde ; *R.T.D.H.*, 1997, p. 738, comm. M. Levinet ; *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 1013, chron. J.-P. Marguénaud.

et choquantes et, par là même, autorise une ingérence démesurée de l'Etat dans la sphère individuelle privée. Car, comme le rapporte le professeur Jean-Manuel Larralde, « *les séances auxquelles s'adonnaient X..., Y... et Z... étaient en effet marquées par une extrême ritualisation, les souffrances étant infligées selon des règles pré-convenues. [...] les "victimes" pouvaient à tout moment mettre fin aux sévices par le prononcé d'un mot de code. Un parallèle pouvait alors être effectué avec d'autres pratiques telles que la boxe, la chirurgie esthétique, le tatouage... ou le perçage des oreilles, toutes pratiques qui attentent au principe de l'intangibilité du corps humain, mais où le consentement préalable du sujet rend acceptables les dommages corporels qui pourraient survenir* »¹¹²³. En outre, les pratiques en cause, se déroulant dans un cadre purement privé, n'étaient à l'origine d'aucune blessure ou lésion permanente. Seuls des saignements et l'existence de cicatrices, n'ayant nécessité aucune intervention médicale ou traitement postérieur, pouvaient être relevés¹¹²⁴.

388. Le second exemple, tout aussi significatif du conservatisme dont peut faire preuve le juge, si ce n'est plus, réside dans le refus originaire du juge administratif français, après quelques hésitations¹¹²⁵, de reconnaître la responsabilité de l'Etat français vis-à-vis des crimes contre l'humanité perpétrés sous le régime de Vichy. Fondé sur l'ordonnance du 9 août 1944¹¹²⁶, ce refus, s'il n'empêchait pas la réparation financière, compte tenu de l'adoption de mesures, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, permettant l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par les actions de l'Etat ayant concouru à la déportation¹¹²⁷,

¹¹²³ J.-M. Larralde, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *R.T.D. Civ.*, 1998, pp. 99-100.

¹¹²⁴ Dans ces conditions, le revirement opéré quelques années plus tard par l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* (C.E.D.H., 17 février 2005, req. 42758/98 et 45558/99 ; *D.*, 2005, p. 2973, chron. M. Fabre-Magnan ; *R.T.D. Civ.*, 2005, p. 341, chron. J.-P. Marguénaud), malgré les interrogations qu'il suscite quant aux dérives susceptibles de résulter de la toute puissance du consentement, se veut le signe d'une attitude beaucoup plus progressiste, dans la mesure où la question du sadomasochisme se trouve libérée de l'emprise de la morale (J.-P. Marguénaud, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *R.T.D. Civ.*, 2005, p. 341). S'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence européenne *Pretty c. Royaume-Uni* en date du 29 avril 2002 (C.E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02 ; *Defrénois*, 2002, p. 1131, obs. Ph. Malaurie ; *R.T.D. Civ.*, 2002, p. 858, chron. J.-P. Marguénaud et Reynard J. ; *R.S.C.*, 2002, p. 645, note Massias ; *J.C.P. G.* 2002, I, 157, n° 1 et 13, obs. F. Sudre), portant consécration du principe de l'autonomie personnelle, l'arrêt *K.A. et A.D.* affirme effectivement que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne* » ; pour en tirer la conclusion « *que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus* » si bien que seules « *des raisons particulièrement graves [justifient], aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité* ».

¹¹²⁵ A l'occasion de son arrêt *Toprower* du 30 janvier 1948, le Conseil d'Etat admet, en application de la loi du 4 octobre 1940, l'indemnisation du préjudice subi par une personne déportée dans le camp de Gurs (C.E. Ass., 30 janvier 1948, *Toprower*, *Rec.* p. 48 ; *Sirey*, 1948, 3, p. 48, concl. Celier).

¹¹²⁶ De cette ordonnance, portant nullité de « *tous les actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires ainsi que des arrêtés pris pour leur exécution [...] promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement de la République française* », le Conseil d'Etat avait tiré la conséquence que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée à raison d'actes commis en application de textes déclarés « *nuls et de nul effet* » (C.E. Ass., 4 janvier 1952, *Epx Giraud*, *Rec.* p. 14 ; *R.D.P.*, 1952, p. 151, note M. Waline ; C.E. Sect., 25 juillet 1952, *Dlle Remise*, *Rec.* p. 401).

¹¹²⁷ Peuvent être signalés en ce sens l'ordonnance du 20 avril 1945 organisant la tutelle des enfants de déportés (ordonnance n° 45-763, *J.O.* du 21 avril 1945, p. 2251), la loi du 20 mai 1946 étendant le régime des pensions de victimes civiles de la guerre aux personnes déportées pour motif politiques ou raciaux (loi n° 46-1117, *J.O.* du 21 mai 1946, p. 4378) ou, encore, le décret du 13 juillet 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites (décret n° 2000-657, *J.O.* du 14 juillet 2000, p. 10838).

conduisait, en revanche, à nier la participation de la France à ces crimes contre l'humanité ; négation source d'entrave au devoir de mémoire et au droit à l'oubli¹¹²⁸. En conséquence, les familles de déportés et de victimes de persécutions antisémites ont dû patienter pas moins de cinquante ans pour que le Conseil d'Etat abandonne, sous l'impulsion des historiens¹¹²⁹, juristes¹¹³⁰ et politiques¹¹³¹, la fiction de la discontinuité juridique entre le régime de Vichy et l'Etat républicain et reconnaisse, à travers sa jurisprudence d'Assemblée Papon du 12 avril 2002¹¹³² et, de façon encore plus solennelle, à l'occasion de son avis du 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*¹¹³³, la responsabilité de l'Etat français.

389. Potentiellement hermétique à « l'air du temps », le juge n'hésite pas, en outre, à abaisser délibérément l'intensité de son contrôle et, ce faisant, à valider des dispositions normatives potentiellement attentatoires aux droits fondamentaux.

B. L'amenuisement délibéré du contrôle de certaines restrictions portées aux droits fondamentaux

390. « *Parce qu'il est animé par deux logiques contradictoires, un impératif d'efficacité et la préservation du pouvoir discrétionnaire de l'organe supervisé, le contrôle des choix de la*

¹¹²⁸ Sur les rapports entre mémoire et oubli, v. : F. Ost, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, pp. 122 et ss. et pp. 133-136 en part. ; P. Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil, Paris, 2000 ; P. Ruiz Torres, « Los discursos de la memoria histórica en España », *Hispania nova, Revista de Historia Contemporánea*, 2007, n° 7, [en ligne]. Disponible sur [http://hispanianova.rediris.es] ; D. Truchet, « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1595. Sur ce rapport appliqué aux crimes contre l'humanité perpétrés par le régime de Vichy et la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat français en la matière, v. D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., pp. 241-243 ; « L'imprescriptibilité du crime contre l'humanité devant le juge administratif ? », in S. Niquège (Dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, Paris, 2010, p. 95.

¹¹²⁹ En ce sens, v. F. Melleray, « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *A.J.D.A.*, 2002, p. 837.

¹¹³⁰ V. par ex. O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1983, pp. 565-629.

¹¹³¹ C'est ainsi que le Président de la République Jacques Chirac, à l'occasion de son discours prononcé le 16 juillet 1995, affirme, à propos de la rafle du Vel d'Hiv : « *la France, patrie des Lumières, patrie des droits de l'homme, terre d'accueil, terre d'asile, la France, ce jour-là, accomplissait l'irréparable. Manquant à sa parole, elle livrait ses protégés à leurs bourreaux [...]. Nous conservons à l'égard [des déportés juifs de France] une dette imprescriptible* » (*Le Monde* du 18 juillet 1995, p. 6).

¹¹³² C.E. Ass., 12 avril 2002, *Papon*, *Rec.* p. 139 ; *R.F.D.A.*, 2002, p. 582, concl. S. Boissard ; *R.D.P.*, 2002, p. 1511, note M. Degoffe ; *D.*, 2003, p. 647, note J.-P. Delmas Saint hilaire ; *R.D.P.*, 2003, p. 470, note Guettier ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 423, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *Gaz. Pal.*, 2002, n° 211, p. 27, note S. Petit.

¹¹³³ Avec cet avis, le Conseil d'Etat s'inscrit définitivement dans un processus de reconnaissance solennelle et symbolique de la responsabilité de l'Etat. En particulier lorsqu'il affirme : « *En rupture absolue avec les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine, ces persécutions antisémites ont provoqué des dommages exceptionnels et d'une gravité extrême. Alors même que, sur le territoire français, des personnes ont accompli au cours des années de guerre, fût-ce au péril de leur vie, des actes de sauvegarde et de résistance qui ont permis, dans de nombreux cas, de faire obstacle à l'application de ces persécutions, 76.000 personnes, dont 11.000 enfants, ont été déportées de France pour le seul motif qu'elles étaient regardées comme juives par la législation de l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'Etat français" et moins de 3.000 d'entre elles sont revenues des camps* » (C.E. Ass., Avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, req. n°315499 ; *Petites affiches*, 2009, n° 54, p. 5, note, F. Chaltiel ; *R.F.D.A.*, 2009, p. 525, note B. Delaunay ; *R.F.D.A.*, 2009, p. 316, concl. F. Lenica ; *J.C.P. G.*, 2009, n° 52, p. 46, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; *D.A.*, 2009, n° 4, p. 47, note F. Melleray).

puissance publique est toujours le fruit d'une conciliation subtile. Trop timide, il ne peut empêcher les décisions arbitraires, attentatoires aux droits et libertés. Trop développé, il fragilise le principe de séparation des pouvoirs et éveille le spectre d'un gouvernement des juges »¹¹³⁴. De cette situation délicate présidant le contrôle opéré par le juge, il en découle que, en certaines hypothèses, ce dernier diminue délibérément l'intensité de son contrôle en vue de laisser une marge de manœuvre plus importante aux autorités normatives. En somme, le juge constitutionnel, soucieux de ne pas s'aventurer sur un terrain qui n'est pas le sien, en l'occurrence le terrain politique¹¹³⁵, s'efforce de n'exercer qu'un contrôle minimum des moyens d'inconstitutionnalité interne des actes législatifs et administratifs¹¹³⁶. Pour justifiable que soit cette position, il n'en demeure pas moins que la réduction du contrôle juridictionnel, constatée aussi bien chez le juge ordinaire que chez le juge constitutionnel, préjudicie parfois à la protection des droits fondamentaux.

391. Certes, à l'heure où la plupart des auteurs s'accordent pour évoquer un encadrement de plus en plus rigoureux de l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par les autorités publiques¹¹³⁷, notamment par le prisme de l'extension du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹¹³⁸, l'affirmation peut *a priori* surprendre. Toutefois, il est clair que la notion d'erreur manifeste d'appréciation n'est pas toujours employée pour étendre la sphère du contrôle. Au contraire, elle participe parfois d'une volonté de restriction¹¹³⁹. La marge d'appréciation laissée aux autorités normatives est alors telle que le juge en vient à valider des

¹¹³⁴ J.-M. Gallardo, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, th. dactylographiée, Pau, 2002, p. 7. Dans le même sens, v. D. Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, op. cit., pp. 493-494.

¹¹³⁵ N. Lenoir, « Le métier de juge constitutionnel », *Le débat*, 2001, n° 114, p. 186 ; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1998, p. 249.

¹¹³⁶ D. Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, op. cit., p. 436.

¹¹³⁷ Sur la notion de pouvoir discrétionnaire, le lecteur pourra utilement se référer à : M. Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997 ; A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.* 1978, p. 355 ; « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, op. cit., p. 43 ; B. Diniz de Ayala, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995 ; J.-M. Gallardo, op. cit. ; C.-J. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration : considérations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, L.G.D.J., Paris, 1958 ; M. Hauriou, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 233 ; J. Igartua Salaverria, « Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa », *R.E.D.A.*, 1996, n° 92, p. 535 ; A. de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, op. cit., p. 531 ; B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Clermont I, Paris, 1977 ; J. Ponce Solé, « La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria : teorías de la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones », in *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta, La justicia administrativa*, op. cit., p. 57 ; F. Sáinz Moreno, « Reducción de la discrecionalidad : el interés público como concepto jurídico », *R.E.D.A.*, 1976, n° 8, p. 63 ; M. Sánchez Moron, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Madrid, 1993 ; J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 17, Paris, 1959 ; J.-M. Woehrling, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *R.A.*, 1999, numéro spécial 7, p. 75.

¹¹³⁸ R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 378 et ss. ; B. Ricou, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, tome II, op. cit., pp. 599 et ss.

¹¹³⁹ Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », op. cit., pp. 330-331.

dispositions normatives porteuses d'une très nette régression dans le domaine des droits et libertés. « *Attentif à censurer "les dispositions les plus choquantes", il en valide d'autres, moins visibles, mais tout aussi redoutables* »¹¹⁴⁰. Par conséquent, l'attention portée par le juge aux droits fondamentaux, tant louée par les juristes, ne serait, parfois, qu'une « *vigilance à éclipses* »¹¹⁴¹, faite de « *demi-mesures dont la portée [peut], à l'usage, se révéler illusoire* »¹¹⁴². Cette timidité excessive du juge, expliquée par certains à l'aune d'une proximité entre le milieu de la magistrature et le pouvoir politique¹¹⁴³, est perceptible en France comme de l'autre côté des Pyrénées.

392. En France, un exemple topique est donné par la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1995 relative à la loi sur la vidéosurveillance¹¹⁴⁴. En validant, d'une part, la disposition permettant la captation, l'enregistrement et la conservation des images un mois durant, d'autre part, l'installation de vidéosurveillance dans n'importe quel lieu urbain, en dépit du fait que la menace apportée à l'ordre public ne soit pas sérieusement constatée, cette décision semble à l'origine d'une importante régression dans le domaine de la protection du droit à la vie privée et du droit à l'image.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 322.

¹¹⁴¹ D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Le professeur Prosper Weil souligne en ce sens que « *le Conseil d'Etat est trop proche, par son recrutement, sa composition, le climat dans lequel il baigne, des centres de décision politique pour ne pas vivre sur la même longueur d'onde qu'eux, pour ne pas ressentir envers les autorités qu'il est appelé à contrôler une sympathie au sens fort du mot, qui explique à elle seule l'"autolimitation" qu'il s'impose et la "sélectivité" du contrôle de laquelle il se contente. Faiseur de politique de par sa mission même, le Conseil d'Etat n'est guère plus qu'un démembrement de l'exécutif, mais sa proximité même du pouvoir lui permet d'exercer sur celui-ci une influence d'autant plus grande qu'il voit jusqu'où ne pas aller trop loin* » (« Préface » à D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. IX). A l'évidence, ce raisonnement est aisément transposable au Conseil constitutionnel français dont le mode de nomination des membres, exclusivement politique et, jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la création de la nouvelle procédure de nomination prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution, entièrement discrétionnaire, fait l'objet d'importantes critiques et alimente les suspicions quant à l'indépendance véritable de l'institution (v. par ex. : L. Hamon et P. Thibaud, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie », *Le débat*, 1987, n° 43, p. 70 ; R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, 1997, n° 13, p. 142 ; Y. Poirmeur, *op. cit.*, p. 333. Pour une vision plus contrastée, v. J. Chevallier, « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 83). Ce constat de politisation des institutions juridictionnelles est également observable en Espagne où, pour des raisons différentes selon l'institution considérée, l'on assiste à un phénomène de polarisation idéologique du pouvoir judiciaire et du Tribunal constitutionnel. S'agissant du pouvoir judiciaire, ce phénomène semble s'expliquer au regard de l'affiliation croissante de ses membres aux partis politiques, ce que Pere Vilanova appelle « *la politisation de la justice à travers la judiciarisation de la politique* » (P. Vilanova, « Espagne, trente ans de démocratie : notes pour un bilan », *op. cit.*, p. 13). Pour ce qui est du Tribunal constitutionnel, la problématique est connue : l'existence d'un clivage entre juges progressistes et juges conservateurs, à l'origine de graves blocages institutionnels lorsque l'institution se trouve saisie d'affaires politiquement sensibles, est le résultat du (dys)fonctionnement du système de nomination des juges à une majorité qualifiée des membres du Parlement, lequel « *n'a pas abouti, la plupart du temps, à la désignation de personnalités de consensus mais à un partage des sièges à pourvoir entre la majorité et l'opposition selon le système autrichien de la proporz [...]* » (P. Bon, « La Constitution espagnole face à ses défis », in P. Bon (Dir.) *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, *op. cit.*, p. 8 ; dans le même sens, v. M. Ramírez, *La crisis de la actual democracia española y otros escritos*, Encuentro, Madrid, 2010, p. 50).

¹¹⁴⁴ Cons. const., décision 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec. p. 170, J.O. du 21 janvier 1995*, p. 1154 ; *R.A.*, 1995, p. 483, note F. Barloy ; *R.F.D.C.*, 1995, p. 362, chron. L. Favoreu ; *R.D.P.*, 1995, p. 575, note F. Luchaire.

393. La péninsule ibérique offre des exemples tout aussi significatifs de la réticence du juge à censurer certaines dispositions potentiellement attentatoires aux droits et libertés constitutionnellement garantis. En atteste une série d'arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel espagnol dans le cadre du processus d'interdiction des formations politiques liées au mouvement terroriste ETA. Ce processus, initié par la nouvelle loi organique sur les partis politiques du 27 juin 2002¹¹⁴⁵, a conduit au prononcé de la dissolution judiciaire des partis politiques *Batasuna*, *Euskal Herriarrok* et *Herri Batasuna* par le Tribunal suprême¹¹⁴⁶. Or, pour empêcher toute tentative de machination visant à échapper aux conséquences de la dissolution, la loi organique sur les partis politiques a également donné une nouvelle rédaction à l'article 44-4 de la loi organique sur le régime électoral général ; nouvelle rédaction en vertu de laquelle ne pourront présenter des candidats « *les groupements d'électeurs qui, en fait, sont la continuation ou succèdent à un parti politique déclaré par le juge illégal et dissous ou suspendu* ». Cette disposition législative, en dépit des nombreuses suspicions dont-elle fait l'objet quant à sa conformité au droit individuel de suffrage passif, a donné lieu à plusieurs interprétations de conformité à la Constitution de la part du Tribunal constitutionnel, conduisant ce dernier à valider diverses décisions du Tribunal suprême prononçant l'interdiction de groupements d'électeurs liés aux partis basques dissous à se présenter à des élections se déroulant dans la communauté autonome du Pays-basque¹¹⁴⁷. A n'en pas douter, cette position du Tribunal constitutionnel se situe à la limite de ce qui est constitutionnellement admissible, et ce d'autant plus s'agissant des dernières décisions dans la mesure où « *l'écoulement du temps atténue aussi les éléments susceptibles d'accréditer une volonté frauduleuse de se soustraire aux effets de la dissolution* »¹¹⁴⁸.

394. Le phénomène d'autolimitation du contrôle opéré par le juge s'exprime néanmoins avec une acuité particulière dans deux domaines spécifiques : d'une part, le droit des étrangers, d'autre part, les droits-créances.

395. S'agissant, en premier lieu, du droit des étrangers, le juge, tant français¹¹⁴⁹ qu'ibérique¹¹⁵⁰, se montre de plus en plus enclin à laisser une importante marge de manœuvre aux pouvoirs publics, notamment en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national. La décision du Tribunal constitutionnel espagnol du 7 novembre 2007¹¹⁵¹, relative à la loi organique du 22 décembre 2000 sur les droits et libertés

¹¹⁴⁵ Loi organique n° 6/2002 du 27 juin 2002 sur les partis politiques, *B.O.E.* du 28 juin 2002, p. 23600.

¹¹⁴⁶ STS 2133/2003 du 27 mars 2003

¹¹⁴⁷ V. par ex. : STC 85/2003 du 8 mai 2003, *B.O.E.* du 17 mai 2003 ; *A.I.J.C.*, 2003, p. 655, chron. E. Alberti, P. Bon, P. Cambot, J.L. Requejo Pages ; STC 99/2004 du 27 mai 2004, *B.O.E.* du 10 juin 2004 ; *A.I.J.C.*, 2004, p. 590, chron. E. Alberti, P. Bon, P. Cambot, J.L. Requejo Pages ; STC 68/2005 du 31 mars 2005, *B.O.E.* du 19 avril 2005 ; *A.I.J.C.*, 2005, p. 496, chron. E. Alberti, P. Bon, P. Cambot, J.L. Requejo Pages.

¹¹⁴⁸ E. Alberti, P. Bon, P. Cambot, J.L. Requejo Pages, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle espagnole », *A.I.J.C.*, 2005, p. 497.

¹¹⁴⁹ V. par ex. J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, th. dactylographiée, Pau, 2010, pp. 330 et ss.

¹¹⁵⁰ V. Aguado i Cudola, « El visado : discrecionalidad y control judicial en materia de extranjería », in *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La justicia administrativa, op. cit.*, p. 681 ; L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales, op. cit.*, p. 139 ; « Etrangers et droits fondamentaux », in P. Bon (Dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole, op. cit.*, pp. 18-19.

¹¹⁵¹ STC 236/2007 du 7 novembre 2007, *B.O.E.* du 10 décembre 2007 ; *A.I.J.C.*, 2007, p. 695, chron. O. Lecucq.

des étrangers en Espagne et leur intégration sociale¹¹⁵², offre un exemple topique de la limitation du contrôle opéré par le juge dans le domaine du droit des étrangers. Si cette jurisprudence se veut relativement protectrice des droits fondamentaux de l'étranger en situation irrégulière, dans la mesure où elle sanctionne largement le dispositif législatif visant à subordonner au critère de la régularité du séjour de l'étranger à celui de l'accès des non-nationaux à plusieurs droits, elle valide, en revanche, la plupart des dispositions « *ayant pour objet de modifier, de manière plus ou moins marquée mais toujours dans un sens plus restrictif, le régime du regroupement familial, la motivation des refus des de visa, le fondement de l'expulsion, le maintien en rétention administrative et les délais de défense après notification d'une décision d'expulsion* »¹¹⁵³. Sur ce point, la solution du Tribunal constitutionnel espagnol témoigne, à l'image des récentes décisions du Conseil constitutionnel français¹¹⁵⁴, de la tendance actuelle du juge à ménager la marge de manœuvre des pouvoirs publics sur les questions migratoires en retenant une lecture particulièrement libérale des réserves d'ordre public¹¹⁵⁵. Une telle attitude du juge, dénoncée avec force par certains auteurs¹¹⁵⁶, laisse une impression d'indifférence à l'égard des politiques publiques à l'origine de régressions dans le domaine du droit des étrangers. Certes, eu égard aux enjeux humains dont est porteuse la matière, le risque est grand de se « *voir emport[é] par la fougue d'une*

¹¹⁵² Loi organique n° 7/2000 du 22 décembre 2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, *B.O.E.* du 23 décembre 2000, p. 45508.

¹¹⁵³ O. Lecucq, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle espagnole », *A.I.J.C.*, 2007, p. 699.

¹¹⁵⁴ C'est par exemple le cas de la décision sur la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (Cons. const., décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, *J.O.* du 17 juin 2011, p. 10306) qui, comme le souligne Serge Slama, constitue « *une nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers* » dans la mesure où elle valide plusieurs dispositions incompatibles avec le droit de l'Union européenne, telles que la pénalisation de non-exécution d'une mesure d'éloignement et la suppression de l'aide juridictionnelle pour les réexamens devant la CNDA, ou attentatoires aux droits et libertés garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en particulier sur les zones d'attente *ad hoc* ou, encore, sur le caractère de « sanction administrative » de certaines interdictions de retour (S. Slama, « Contrôle de la loi "Besson" : l' "oie édifiante" de la rue de Montpensier regarde passer les "oiseaux sauvages" luxembourgeois et strasbourgeois », 13 juin 2011. [en ligne]. Disponible sur [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>].

¹¹⁵⁵ En ce sens, v. J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 479.

¹¹⁵⁶ C'est notamment le cas du professeur Danièle Lochak qui affirme : « *Dans le champ du droit des étrangers, le juge constitutionnel et le juge administratif sont d'autant plus enclins à avaliser des mesures législatives et réglementaires que leurs conséquences concrètes ne sont pas aperçues – quand elles ne sont pas occultées. Ils mettent en balance, de façon désincarnée, les atteintes portées à la vie familiale avec les impératifs de la sécurité publique ou de la maîtrise des flux migratoires. On parle de "reconduite à la frontière", de "rétention", d' "interdiction du territoire français" d'une façon purement abstraite qui masque les drames de la séparation, la peur qu'engendre le maintien dans la clandestinité, la réalité de l'enfermement. Le droit, ici encore, fait écran et permet au juge de rendre ses décisions sans se préoccuper de leur incidence sur le sort des individus, et donc sans états d'âme. C'est ainsi que le Conseil d'Etat peut refuser d'annuler un décret qui avalise la présence d'enfants dans les centres de rétention en prévoyant un équipement particulier pour ceux qui sont "susceptibles d'accueillir des familles". Il lui suffit de constater que "ces dispositions... visent seulement à organiser l'accueil des familles des étrangers placés en rétention" et non "à permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre de ces familles des personnes placées en rétention" [CE, 12 juin 2006, *Gisti et autres*, *Rec.* pp. 692 et 893] Ce raisonnement strictement formaliste lui évite d'examiner la question sous un autre angle : le fait de prévoir des modalités spécifiques pour l'accueil des enfants n'est-il pas une façon de reconnaître la légitimité de l'enfermement des enfants et de lever les scrupules que pourraient avoir les préfetures à les placer en rétention en vue de renvoyer des familles entières ? » (« Dissimuler la violence, canaliser la contestation », *op. cit.*, p. 251).*

investigation militante »¹¹⁵⁷. Il n'empêche que « *la sacralisation de l'ordre public clairement pérennisée parasite l'effectivité des droits des étrangers et du droit fondamental au séjour. Et la preuve est donnée que les juridictions suprêmes ne sont toujours pas prêtes à mettre en doute la force de la logique de souveraineté dans le droit des étrangers* »¹¹⁵⁸.

396. Concernant, en second lieu, les droits-créances, outre que ces derniers sont généralement plus facilement sacrifiés sur « *l'autel de la conciliation* »¹¹⁵⁹, signe d'une hiérarchisation matérielle des droits fondamentaux¹¹⁶⁰, Xavier Prétot observe que le Conseil constitutionnel, s'il reconnaît le caractère éminent de cette catégorie de droits sur le fondement du Préambule de 1946, n'en admet pas moins, quant à sa mise en œuvre, un large pouvoir d'appréciation aux autorités normatives¹¹⁶¹. Etroitement liée à l'imprécision des normes constitutionnelles reconnaissant les droits-créances¹¹⁶², ce « self restraint

¹¹⁵⁷ O. Lecucq, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, op. cit., p. 1638.

¹¹⁵⁸ J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, op. cit., p. 479.

¹¹⁵⁹ G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989*, P.U.F., 1989, p. 49.

¹¹⁶⁰ Si les auteurs les plus autorisés s'accordent pour affirmer qu'il n'existe aucune hiérarchie formelle entre les différentes catégories de droits fondamentaux (v. entre autres : B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, op. cit., p. 197 ; C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., pp. 163 et ss. ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. Soc.*, 1991, pp.193-194 ; Ph. Terneyre, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in P. Bon (Coord.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais. A propos de la révision de la Constitution portugaise*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1992, p. 35 ; D. Turpin, « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, pp. 87 et ss. ; M. Rodriguez-Pinero y Bravo Ferrer et J. Leguina Villa, « Rapport espagnol », in *VIII^e conférence des Cours constitutionnelles européennes. La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux*, A.I.J.C., 1990, VI, p. 121), ces mêmes auteurs reconnaissent néanmoins l'existence d'une hiérarchie matérielle entre ces normes juridiques se traduisant, entre autres, par une prévalence des droits-libertés classiques sur les droits-créances lorsque le législateur, confronté à un conflit entre ces deux catégories de droits fondamentaux, est conduit à opérer une conciliation sous le contrôle du juge constitutionnel (pour une étude approfondie du mécanisme de la conciliation, v. : G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265 ; V. Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, P.U.F., Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, vol. 25, 1995). C'est ainsi qu'en Espagne, le Tribunal constitutionnel affirme très clairement que les droits fondamentaux et libertés publiques, dans la mesure où ils constituent l'essence même du système constitutionnel, jouissent d'une valeur préférentielle dans l'ordonnement espagnol (en ce sens, v. entre autres : STC 114/1984 du 29 novembre 1984, *B.O.E.* du 21 décembre 1984 ; STC 66/1985 du 23 mai 1985, *B.O.E.* du 5 juin 1985). De même, en France, le professeur Dominique Turpin constate que le Conseil constitutionnel marque « [...] une préférence pour les droits de 1789 par rapport aux principes de 1946 : droits "libéraux" dans le premier cas, "socialisants" dans l'autre ; mais surtout droits "naturels" (tenant à la nature humaine), donc universels et permanents, formant le "noyau dur" des Droits de l'homme (liberté, égalité, propriété) même s'ils ne présentent jamais un caractère absolu, et droits "contingents" d'autre part, c'est-à-dire mis en œuvre "dans les conditions déterminées par la loi", sous le contrôle du juge constitutionnel » (« La protection par le contrôle de constitutionnalité des lois », op. cit., p. 184).

¹¹⁶¹ X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », op. cit., pp. 194-195.

¹¹⁶² Le professeur Agnès Roblot-Troizier écrit en ce sens : « L'imprécision d'une norme a pour conséquence non d'empêcher son invocabilité, mais de laisser aux autorités qui en assurent l'application une marge d'appréciation plus étendue. Plus la norme constitutionnelle est floue et sa formulation générale, plus la marge d'appréciation laissée au législateur est importante. [...] Cela explique sans doute qu'il n'existe, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que peu de décisions sanctionnant la violation d'une des dispositions du Préambule » (« L'applicabilité directe du préambule de la Constitution de 1946 », op. cit., p. 44).

juridictionnel »¹¹⁶³, également identifiable sur la Péninsule ibérique¹¹⁶⁴, participe de la relativisation de la jurisprudence dite du « cliquet anti-retour » en matière sociale. Bien qu'expressément affirmée par le juge constitutionnel, cette jurisprudence, postulant l'interdiction pour le législateur de remettre en cause les modalités qu'il a déjà mises en œuvre dans le domaine des droits fondamentaux¹¹⁶⁵, ne trouve pas à s'appliquer dans le domaine des droits-créances. C'est ce qu'a implicitement jugé le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 janvier 1987¹¹⁶⁶, s'agissant du droit à des moyens convenables d'existence. Aussi le Conseil constitutionnel admet-il, à l'image de son homologue espagnol¹¹⁶⁷, de véritables retours en arrière en matière sociale. Traduisant « *une indulgence résignée et coupable* »¹¹⁶⁸, cette excessive marge de manœuvre laissée par le juge aux autorités normatives est fortement dénoncée par les partisans de l'ombudsman qui entrevoient à travers cette institution une autorité de contrôle susceptible d'examiner plus librement les choix opérés par les autorités normatives¹¹⁶⁹.

397. En fin de compte, bien que le juge occupe incontestablement une place centrale au sein du système institutionnel de garantie des droits fondamentaux, on ne saurait nier que la protection offerte par ce dernier est loin d'être aussi exemplaire qu'une première approche le laisse espérer. Tandis que de nombreux obstacles entravent l'accès des bénéficiaires des droits fondamentaux au prétoire des juridictions, d'une part, l'efficacité du contrôle opéré par le juge demeure assez relative, et, d'autre part, l'attachement de celui-ci aux droits fondamentaux se trouve parfois altéré. Surtout, il est frappant de constater que les insuffisances affectant la garantie juridictionnelle des droits et libertés s'expriment avec une acuité particulière dès l'instant où les droits-créances sont en jeu. En effet, outre que les personnes les plus défavorisées sont celles qui rencontrent les plus grandes difficultés pour saisir le juge, leurs droits les plus essentiels, lorsqu'ils ne demeurent pas au rang de simples déclarations d'intentions, sont ceux qui bénéficient du degré de protection le plus faible. Partant, à la question posée par Wadgi Sabete selon laquelle « *les droits créances sont-ils toujours des pauvres droits ?* »¹¹⁷⁰, on serait tenté de répondre par l'affirmative. Quoi qu'il en soit, il est évident que, face aux insuffisances affectant la protection juridictionnelle des droits et libertés, la présence d'un ombudsman spécialisé dans la protection des droits fondamentaux

¹¹⁶³ D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », in D. Roman (Dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 9.

¹¹⁶⁴ V. par ex. J.C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, op. cit., p. 362.

¹¹⁶⁵ D. Capitant, « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », op. cit., p. 142.

¹¹⁶⁶ Cons. const., décision 86-225 DC du 23 janvier 1987, op. cit.

¹¹⁶⁷ Le Tribunal constitutionnel espagnol a par exemple jugé, à travers une affaire relative au tassement du taux d'augmentation des pensions, « *que ce taux dépend des circonstances économiques et sociales du moment et que, en tout état de cause, il s'agit de répartir des ressources limitées de telle sorte que l'on ne saurait déduire de la Constitution un droit à une augmentation constante* » (STC 134/1987 du 21 juillet 1987, B.O.E. du 11 août 1987. Cité par P. Bon, « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : le régime », op. cit., pp. 147-148).

¹¹⁶⁸ G. Carcassonne, « Libertés : une évolution paradoxale », op. cit., p. 11.

¹¹⁶⁹ D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da atuação do "ombudsman" », in *Democracia e Direitos Humanos no século XXI*, op. cit., p. 31 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., p. 60 ; P. Verrier, « Le Médiateur », op. cit., p. 946.

¹¹⁷⁰ W. Sabete, « A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours des pauvres droits ? », *D.*, 1999, p. 269.

en France et sur la péninsule ibérique perd de sa bizarrerie. D'autant plus que, à la vérité, le relais offert par les mécanismes non juridictionnels classiques de garantie se révèle fortement limité.

Section 2 – Le relais limité des mécanismes non juridictionnels de garantie

398. S'illustrant en raison de leur souplesse, de leur facilité d'accès et de leurs modalités d'interventions largement informelles, les mécanismes non juridictionnels de garantie des droits fondamentaux, que constituent le contrôle politico-parlementaire et le contrôle des autorités administratives indépendantes, semblent, de prime abord, en mesure de remédier aux insuffisances que présente la garantie juridictionnelle des droits et libertés. A ce titre, le professeur André Legrand rappelle le lien de complémentarité existant entre contrôle parlementaire et contrôle juridictionnel ; « *on l'affirme couramment par exemple en invoquant l'existence d'un contrôle politique pour justifier l'absence de contrôle juridictionnel sur les actes de gouvernement* »¹¹⁷¹. Toutefois, qu'il s'agisse de la protection offerte par le Parlement (§ 1) ou de celle assurée par les autorités administratives indépendantes (§ 2), les lacunes affectant ces deux formes de contrôle rendent, en réalité, leur vertu de complémentarité de l'action du juge, sinon dérisoire, relativement limitée en pratique.

§ 1. Les limites de la protection politico-parlementaire

399. Selon Maryelle Joliot, chercher une planche de salut aux insuffisances de la garantie juridictionnelle dans le recours au Parlement ne s'avère pas très efficace¹¹⁷². De toute évidence, l'affirmation peut *a priori* surprendre puisque, tel qu'il a été souligné, l'institution parlementaire participe non seulement à la sanction des atteintes portées aux droits et libertés de valeur supralégislative et, par ailleurs, permet un règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux droits fondamentaux par l'intermédiaire du droit de pétition. Surtout, l'intervention du Parlement, de nature essentiellement politique, s'effectue selon des modalités sensiblement différentes de celles du juge et, ce faisant, se présente comme un complément potentiel des mécanismes juridictionnels de garantie des droits fondamentaux. Pour autant, cette vertu de complémentarité, indéniable sur le plan théorique, se trouve sérieusement mise à mal en pratique. D'une part, la fonction parlementaire de sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux se caractérise par sa relativité et sa contingence (A), d'autre part, le déclin du droit de pétition altère dans une large mesure la capacité du Parlement à résoudre les litiges impliquant les droits fondamentaux (B). Il en résulte que le contrôle parlementaire « *ne peut être qu'un contrôle d'appoint* »¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 5.

¹¹⁷² M. Joliot, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, op. cit., p. 215.

¹¹⁷³ B. Leduc, *Le Médiateur: un ombudsman français ?*, Mémoire de Diplôme d'étude approfondie de droit public, Pau, 1982, p. 2 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 4.

A. Une vertu de sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux contingente et relative

400. La fonction parlementaire de sanction des atteintes portée aux droits fondamentaux peut être qualifiée de contingente et relative étant donné que, non seulement le Parlement ne saurait exercer une surveillance quotidienne des atteintes portées aux droits et libertés (1), mais, de plus, son intervention se voit conditionnée par le principe d'opportunité politique (2).

1. Une surveillance quotidienne des droits fondamentaux matériellement impossible

401. Si le juge, de par la rigidité et le formalisme caractérisant son contrôle, ne parvient pas toujours à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics et, partant, à connaître de l'ensemble des atteintes portées par ces derniers aux droits et libertés, il convient de constater que cette problématique s'exprime avec une acuité autrement plus prononcée dans le cadre de la protection parlementaire des droits fondamentaux. En ce sens que le Parlement, eu égard à la lourdeur de son fonctionnement, de sa structure et de son organisation, ne saurait véritablement garantir une surveillance quotidienne des autorités normatives. Largement pointée du doigt par les auteurs spécialisés sur la question des mécanismes non juridictionnels de garantie¹¹⁷⁴, une telle lacune de la protection politico-parlementaire des droits fondamentaux, commune à la France et à la péninsule ibérique, se veut particulièrement prononcée à partir du moment où il s'agit de contrôler l'action de l'administration, laquelle, s'il est besoin de le rappeler, se présente comme la principale source de violation des droits et libertés de valeur constitutionnelle.

402. Essentiellement deux facteurs explicatifs permettent d'appréhender un tel phénomène.

403. *Primo*, « [...] la disproportion entre, d'une part, la dimension de l'administration – et corrélativement le nombre de plaintes – d'autre part, le nombre d'élus. Déjà chargés de lourdes responsabilités législatives, les parlementaires ne peuvent examiner les réclamations individuelles pour lesquelles ils ne disposent pas du temps nécessaires aux investigations requises »¹¹⁷⁵. Sans compter que, généralement, les agissements illégaux de l'administration sont à l'origine de litiges individuels très spécifiques pour la plupart étrangers à la mission, somme toute assez générale, poursuivie par l'institution parlementaire. En d'autres termes, le Parlement moderne ne peut pas discuter chaque jour de « petites questions » parce qu'il doit faire face à de graves problèmes ne lui permettant pas de s'attarder quotidiennement sur des cas individuels¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ V. par ex. : Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », in *O Cidadão o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, op. cit., p. 32 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 4 ; R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », op. cit., pp. 105 et ss. ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., pp. 44-45.

¹¹⁷⁵ D.C. Rowat, « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? », *R.F.A.P.*, 1992, p. 570.

¹¹⁷⁶ Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », op. cit., p. 242.

404. *Secundo*, l'inadaptation des mécanismes parlementaires de contrôle aux spécificités de l'action administrative. En effet, outre le fait que de tels mécanismes ne permettent pas véritablement d'exercer une surveillance directe de l'action administrative, mais seulement du gouvernement, ces derniers se révèlent, pour la plupart, trop lourds à mettre en œuvre. Qu'il s'agisse de la procédure des questions au gouvernement ou du recours aux commissions d'enquête, la protection parlementaire n'offre pas une réactivité suffisante pour canaliser l'omniprésence d'une « *administration Léviathan* »¹¹⁷⁷ exerçant une emprise toujours plus importante sur la vie des administrés. Les commissions d'enquête, en particulier, si elles permettent de faire la lumière sur des problématiques d'ampleur intervenant dans le domaine des libertés fondamentales, se montrent largement inadaptées pour garantir une surveillance quotidienne de l'administration. Les délibérations parlementaires qu'elles impliquent quant à l'opportunité de réaliser une enquête, leur composition relativement lourde, ainsi que la lenteur de l'instruction à laquelle elles donnent lieu, sont autant de facteurs préjudicant à la sanction des violations des droits et libertés causées chaque jour par l'administration. Inadaptés au traitement du plus grand nombre des difficultés, de tels dispositifs s'avèrent, de surcroît, trop souvent impuissants pour faire face à la technicité croissante des domaines d'intervention de la puissance publique.

405. Déjà mise en avant à la fin des années 1970 par le professeur Jean-Claude Colliard à travers sa thèse portant sur *Les régimes parlementaires contemporains*¹¹⁷⁸, cette difficulté du Parlement à freiner l'exercice illégal ou abusif du pouvoir administratif serait toutefois susceptible d'être surmontée par sa capacité à exercer une surveillance étroite de l'activité gouvernementale. A savoir que le gouvernement, en France et de l'autre côté des Pyrénées, étant l'organe supérieur de l'administration publique¹¹⁷⁹, son contrôle par le Parlement permettrait, dans le même temps, une surveillance indirecte des agissements de l'administration. A ce titre, il est tout à fait envisageable que le Parlement, lorsqu'il prend connaissance qu'un service administratif se trouve à l'origine d'une atteinte aux droits fondamentaux, informe, voire sanctionne, le ministre responsable dudit service afin que celui-ci mette un terme à l'atteinte considérée.

406. Mais, en pratique, les choses s'avèrent sensiblement différentes. Tandis que l'effectivité du contrôle de l'action gouvernementale demeure très aléatoire, eu égard au principe de l'opportunité politique sur lequel il repose¹¹⁸⁰, les ministres rencontrent parfois de sérieuses difficultés à se faire obéir de leur administration. « *C'est ce que confesse l'un d'entre eux, au dynamisme réputé, M. Albin Chalandon, quand il fait connaître que si "un chef d'entreprise peut donner des ordres, un ministre est obligé de convaincre ses propres directeurs", et quand il dénonce "un totalitarisme administratif en face duquel le pouvoir*

¹¹⁷⁷ Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *op. cit.*, p. 823.

¹¹⁷⁸ J.-C. Colliard, *Les régimes parlementaires contemporains*, Presse de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978.

¹¹⁷⁹ Tandis que l'article 20 de la Constitution française précise : « *Le gouvernement [...] dispose de l'administration* », l'article 97 de la Constitution espagnole dispose que « *Le gouvernement dirige [...] l'administration civile et militaire [...]* ». Quant au Portugal, l'article 182 du texte constitutionnel affirme que « *Le gouvernement est [...] supérieur de l'administration publique* ».

¹¹⁸⁰ V. *infra*, n° 409 et ss.

politique est frappé d'impuissance" »¹¹⁸¹. Phénomène inexorablement accentué en France depuis la suppression du dispositif de l'interpellation lors de la mise en place de la V^e République. Cette suppression, « [...] souhaitable du point de vue des rapports entre le Parlement et le gouvernement, [...] a certainement réduit les possibilités de défense des citoyens contre les excès d'autorité. Du temps où elle existait, l'interpellation était pour le Cabinet une épée de Damoclès redoutée, surtout quand elle était maniée avec adresse au service de l'orthodoxie républicaine, et les fonctionnaires savaient que, quand leur faute avait provoqué la chute d'un ministère, leur carrière s'en ressentait »¹¹⁸². Plus largement, la déconnexion évidente qui existe entre le corps politique, que constitue le gouvernement, et l'appareil administratif, caractérisé par son professionnalisme et son inamovibilité, suppose que, si le premier peut proposer une ligne générale d'action – une politique déterminée –, dans la pratique, l'administration, bien qu'intégrée dans cette politique, agit avec une indépendance et une autonomie quasi-totale, de telle manière que les actes concrètement adoptés par celle-ci, quand bien même ils présentent une teneur politique, ne peuvent que difficilement être rattachés au gouvernement ou à un ministre responsable¹¹⁸³.

407. Par ailleurs, les sanctions susceptibles d'être prononcées par le Parlement en cas de constatation d'une atteinte causée par l'administration aux droits fondamentaux se révèlent, pour certaines d'entre-elles, largement disproportionnées par rapport à l'atteinte constatée¹¹⁸⁴. L'affirmation est particulièrement vraie s'agissant de l'engagement de la responsabilité politique du gouvernement. Comme a pu le souligner le professeur Jean-Marie Auby, les armes mises à la disposition du Parlement pour contrôler l'action du gouvernement, notamment la responsabilité parlementaire, sont trop lourdes pour s'appliquer à propos des méconnaissances de la légalité par l'administration¹¹⁸⁵. Excessive, l'adoption d'une motion de censure surpasse de beaucoup les exigences d'un contrôle qui, dans la majorité des cas, ne va pas plus loin que la nécessaire surveillance des actions concrètes de l'administration, très spécifiques et d'une transcendance très réduite¹¹⁸⁶. De plus, il n'est pas évident que l'adoption d'une telle motion, en cas de défaillance des services administratifs, présente une quelconque efficacité dans la mesure où, ne visant que le gouvernement, elle ne garantit pas la rectification du comportement du fonctionnaire fautif¹¹⁸⁷.

408. Ne permettant pas d'assurer un contrôle régulier des atteintes portées aux droits fondamentaux, la protection offerte par le Parlement se révèle, en outre, on ne peut plus aléatoire, puisque conditionnée par le principe de l'opportunité politique.

¹¹⁸¹ R. Lindon et D. Amson, « Un "ombudsman" en France ? », *op. cit.*

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Sur ce point, v. A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 305.

¹¹⁸⁴ En ce sens, v. not. : F. Alves Correia, « Do ombudsman ao Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 27 ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 546 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 4 ; R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 106 ; M. Ramírez Jiménez (éd.) et alii, *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Editorial Labor, Barcelona, 1978, pp. 420-433.

¹¹⁸⁵ J.-M. Auby, *Traité de Science administrative*, Mouton, Paris, 1968, p. 214.

¹¹⁸⁶ A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 305.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 306.

2. Une intervention parlementaire conditionnée par le principe d'opportunité politique

409. Inhérent au jeu parlementaire, le principe d'opportunité politique conditionne dans une large mesure l'activation de la fonction de contrôle exercée par le Parlement et, ce faisant, l'effectivité de la protection parlementaire des droits fondamentaux¹¹⁸⁸. A savoir que, la plupart du temps, le Parlement, en tant qu'institution de nature politique, voit son intervention guidée par des mobiles extra-juridiques. Or, si de tels mobiles ne manquent pas pour l'opposition parlementaire, spécialement à l'approche d'une échéance électorale, la conjonction de deux facteurs que sont, d'une part, le phénomène majoritaire, associé à une discipline de groupe prédominante au sein des hémicycles parlementaires, d'autre part, le fait que l'effectivité de la plupart des mécanismes de contrôle repose sur la réunion d'une majorité, réduit considérablement les chances de succès de ce mode de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux.

410. Comme le fait très justement remarquer le professeur Fernando Santaolalla López, aujourd'hui, en France comme sur la péninsule ibérique, « *la supériorité du Parlement et la subordination corrélative de l'exécutif est purement formelle [...]. Dans la pratique, les faits se présentent d'une façon très différente, à tel point que c'est le gouvernement qui domine la vie du pouvoir législatif. Ceci est dû [...] à la discipline de parti, impliquant que la majorité parlementaire est strictement soumise aux instructions du gouvernement, étant donné que ce dernier est composé des dirigeants politiques qui forment cette majorité* »¹¹⁸⁹. Pour cette raison, l'exercice d'un contrôle systématique des atteintes portées aux droits fondamentaux s'avère largement hypothétique. En effet, « *exécutif et législatif [n'étant] que deux modalités différentes de l'exercice d'un même pouvoir gouvernemental exercé par une même coalition politique* »¹¹⁹⁰, la réunion d'une majorité suffisante pour garantir la mise en œuvre de la plupart des mécanismes de contrôle de l'action gouvernementale se révèle particulièrement délicate, pour ne pas dire impossible. Notamment, l'obligation de solidarité gouvernementale et la discipline partisane rendent « *complètement chimérique* »¹¹⁹¹ l'adoption de motions de censure afin de sanctionner les politiques attentatoires aux droits fondamentaux¹¹⁹². Exception faite d'un conflit interne au sein de la majorité, l'opposition n'a aucun moyen de renverser le gouvernement.

¹¹⁸⁸ Sur ce point, v. : J.A Alonso de Antonio et Á.L. Alonso de Antonio, *Introducción al derecho parlamentario*, op. cit., pp. 198-199 ; P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit., p. 19 ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 4 ; Royo-Villanova, *Elementos de Derecho administrativo*, 1955, p. 883.

¹¹⁸⁹ F. Santaolalla López, *Derecho constitucional*, op. cit., p. 330.

¹¹⁹⁰ A.-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, op. cit., p. 420.

¹¹⁹¹ J. Waline, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *R.D.P.*, 1984, p. 1347.

¹¹⁹² Sur l'improbable utilisation du mécanisme de la motion de censure en France et sur la péninsule ibérique, v. par ex. : M. Aragón Reyes, « Información parlamentaria y función de control », op. cit., p. 24 ; R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., pp. 435 et ss. ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 4.

411. Et un constat relativement similaire peut être dressé s’agissant des commissions d’enquête. Le nécessaire consentement de la majorité parlementaire pour la mise en place de telles structures de contrôle constitue, à l’évidence, un obstacle de taille à leur création¹¹⁹³. Certes, la remarque ne vaut pas pour le Portugal où, tel qu’il a été souligné, l’opposition dispose de la capacité de créer une commission d’enquête de sa propre initiative. Mais ce droit attribué à la minorité parlementaire de créer une commission d’enquête indépendamment de la volonté de la majorité demeure l’étape la plus avantageuse pour l’opposition. Car, une fois la commission mise en place, la majorité reste largement maîtresse du déroulement de l’enquête¹¹⁹⁴. Reproduisant en leur sein la dialectique normale entre la majorité, qui appuie le gouvernement, et la minorité, qui agit en tant qu’opposition¹¹⁹⁵, les commissions d’enquête, en France et de l’autre côté des Pyrénées, sont contrôlées par la majorité qui dispose d’un pouvoir de blocage¹¹⁹⁶. Ainsi, cette dernière « dirige les recherches, domine les discussions, impose sa méthode de travail, décide de réquisitionner tel ou tel document, d’auditionner telle ou telle personne. En bref, elle fait prévaloir son avis »¹¹⁹⁷. Quant à la procédure des questions au gouvernement, nombreux sont les observateurs politiques portugais qui décrivent les séances réservées à son usage comme monotones et inintéressantes¹¹⁹⁸, prenant la forme d’un simple rituel inadapté à l’exercice d’un véritable contrôle de l’activité gouvernementale¹¹⁹⁹. Toutefois, rien de bien surprenant dès lors que, jusqu’en 1993, le gouvernement choisissait lui-même les questions auxquelles il concédait de répondre¹²⁰⁰.

412. On le voit, la rupture de la discipline de groupe étant désormais quasiment impossible¹²⁰¹, les assemblées législatives se sont transformées en « un lieu où le gouvernement se contrôle lui-même à travers sa propre majorité parlementaire »¹²⁰². Par conséquent, il ne fait guère de doute que la protection parlementaire des droits fondamentaux ne peut être que contingente et relative.

413. Bien entendu, demeure la saisine de la juridiction constitutionnelle des lois potentiellement attentatoires aux droits fondamentaux. Ouverte à une minorité de parlementaire, cette voie de droit permet effectivement à l’opposition, indépendamment de la conjoncture politique et du phénomène majoritaire, de jouer un rôle actif dans la protection des droits fondamentaux en s’érigeant en collaboratrice du juge de la constitutionnalité des lois. Cependant, indépendamment du fait que, pour les raisons précédemment évoquées¹²⁰³, un tel mécanisme de garantie n’a jamais rencontré un franc-succès sur la péninsule ibérique, il n’est pas inconnu que, en dépit d’importantes suspicions quant à la conformité d’une loi aux

¹¹⁹³ J.A Alonso de Antonio et Á.L. Alonso de Antonio, *Introducción al derecho parlamentario*, op. cit., p. 210.

¹¹⁹⁴ Sur ce point, v. R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., p. 455.

¹¹⁹⁵ F. Santaolalla López, op. cit., p. 339.

¹¹⁹⁶ C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 564.

¹¹⁹⁷ R. Garnier, *La démocratie portugaise*, op. cit., p. 457.

¹¹⁹⁸ En ce sens, v. C. Leston-Bandeira, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português*, op. cit., p. 132.

¹¹⁹⁹ R. Garnier, op. cit., p. 449.

¹²⁰⁰ C. Leston-Bandeira, op. cit., p. 132.

¹²⁰¹ F. Plácido et B. Viagas, *El poder legislativo entre la política y el derecho*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 124.

¹²⁰² Á. Garrarena Morales, *Representación política y constitución democrática*, Civitas, 1991, p. 75.

¹²⁰³ V. supra, n° 205-208.

droits et libertés reconnus par la Constitution, l'opposition s'abstient parfois de saisir la juridiction constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité. Régulièrement mise en avant par la doctrine¹²⁰⁴, cette pratique des « *non saisines* »¹²⁰⁵, à l'origine d'une grave défaillance de l'Etat de droit avant l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en France, atteste, à son tour, de la contingence de la protection parlementaire des droits fondamentaux. Elle témoigne notamment de l'idée selon laquelle le principe d'opportunité touche également l'opposition qui peut délibérément s'écarter de son rôle contestataire de la politique entreprise par la majorité et s'entendre avec cette dernière pour ne pas soumettre au contrôle de la Cour constitutionnelle des lois potentiellement liberticides.

414. En particulier, « [...] *la logique de la compétition politique, et de la conservation d'une clientèle politique à un moment donné, n'est pas toujours compatible, aux yeux des élus, avec la défense des droits de l'homme et de certaines libertés qui ne sont pas des causes populaires* »¹²⁰⁶. Car, si la saisine du juge de la constitutionnalité des lois peut s'avérer une arme décisive pour l'opposition, lui permettant, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, de discréditer la politique poursuivie par la majorité, elle peut également lui porter préjudice en cas d'usage abusif ou irréfléchi. A cet égard, Roxanne Garnier rappelle que « *l'opposition ne gagne pas trop à saisir le Tribunal constitutionnel sur n'importe quel fondement, au risque de voir son contrôle discrédité. Certes, la décision de constitutionnalité n'a aucun effet juridique à l'encontre des auteurs de la demande, mais toute demande déboutée peut avoir des effets politiques plus ou moins fâcheux. Elle peut, par exemple, accréditer l'idée selon laquelle l'opposition n'utilise cet instrument que dans un but obstructionniste et non pour protéger la Constitution* »¹²⁰⁷. Aussi, d'un point de vue politique, la saisine de la juridiction constitutionnelle se révèle-t-elle être une arme éminemment stratégique dont l'utilisation commande une certaine prudence.

415. En France, cette prudence explique très certainement le refus de l'opposition parlementaire de l'époque de saisir le Conseil constitutionnel de la loi Gayssot, en date du 13 juillet 1990¹²⁰⁸, tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite et xénophobe. Comme le souligne le professeur Guy Carcassonne, « *cette invention nouvelle d'une vérité historique par détermination de la loi était suffisamment étrange et, au minimum, en coquetterie avec le*

¹²⁰⁴ V. not. : V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., pp. 344-345 ; G. Carcassonne, « Les "non saisines" », in D. Maus et A. Roux (Dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 45 ; D. Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, op. cit., pp. 131 et ss. ; Y. Gaudemet, « La conformité des lois à la Constitution (à propos de la révision constitutionnelle : ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué) », *D.*, 2008, p. 1703 ; H. Oberdorff, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », op. cit., p. 781 ; Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il vraiment les droits de l'homme ? », op. cit., pp. 334-335 ; F. Rouvillois, « Retour sur la non-saisine du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2006, p. 457.

¹²⁰⁵ G. Carcassonne, « Les "non saisines" », op. cit., p. 45.

¹²⁰⁶ Y. Poirmeur, op. cit., p. 335.

¹²⁰⁷ R. Garnier, op. cit., pp. 467-468.

¹²⁰⁸ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.* du 14 juillet 1990, p. 8333.

principe de la liberté d'expression, pour sembler mériter une saisine »¹²⁰⁹. Mais, ladite loi sanctionnant les publications niant l'existence ou l'importance de l'Holocauste, il ne s'agissait pas pour la droite française de saisir le Conseil constitutionnel et, ainsi, prendre le risque d'être amalgamée à l'extrême-droite sur ce sujet¹²¹⁰. Partant, des motivations d'ordre politique l'ont emporté sur l'exigence juridique du contrôle de constitutionnalité.

416. Par ailleurs, et pour terminer sur ce point, il importe de constater que le gouvernement lui-même n'hésite pas à inviter les parlementaires, dont ceux de l'opposition, à ne pas saisir le juge de la constitutionnalité des lois. Les propos tenus par le garde des Sceaux Pascal Clément en 2005, au sujet de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹²¹¹, offrent un exemple éclatant de cette pratique pour le moins inquiétante. Conscient du caractère potentiellement attentatoire aux droits de la personne humaine de cette loi, le ministre de la justice a effectivement affirmé : « *Il y a un risque d'inconstitutionnalité. Les événements récents vont me pousser à prendre ce risque, et tous les parlementaires pourront le courir avec moi. Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil constitutionnel* »¹²¹². Finalement, la conformité de cette loi à la Constitution a bien été contrôlée¹²¹³, mais cet épisode permet de constater les limites de la saisine du juge de la constitutionnalité de la loi par une minorité de parlementaire.

417. En définitive, l'effectivité de la fonction parlementaire de sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux se révèle dans une large mesure contingente et relative étant donné que, d'une part, le Parlement ne parvient pas à assurer une protection quotidienne des droits de la personne humaine et, d'autre part, son intervention se trouve, la plupart du temps, conditionnée par le principe d'opportunité politique, lequel ne trouve que trop rarement à s'exprimer compte tenu du phénomène majoritaire et de la discipline de parti. Or, sa capacité de résolution non juridictionnelle des litiges impliquant les droits fondamentaux s'avère également altérée eu égard au déclin affectant le droit de pétition.

B. Une « résolution extrajudiciaire des litiges impliquant les droits fondamentaux »¹²¹⁴ altérée par le déclin du droit de pétition

418. S'inscrivant, de par la gratuité et la simplicité qui le caractérise, en complémentarité des mécanismes juridictionnels de garantie, le droit de pétition se présente, à première vue, comme un formidable outil de résolution des litiges impliquant les droits fondamentaux. Toutefois, en France et sur la péninsule ibérique, le constat dressé par les constitutionnalistes

¹²⁰⁹ G. Carcassonne, « Les "non saisines" », in D. Maus et A. Roux (Dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 46.

¹²¹⁰ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 345.

¹²¹¹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *J.O.* du 13 décembre 2005, p. 19152.

¹²¹² Cité par F. Rouvillois, « Retour sur la non-saisine du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 457.

¹²¹³ Cons. const., décision 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *Rec.* p. 153, *J.O.* du 13 décembre 2005, p. 19162.

¹²¹⁴ Selon la formule déjà empruntée de V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 353.

est sans appel¹²¹⁵ : « le droit de pétition [...] n'a pas montré dans l'époque constitutionnelle une véritable vitalité, mais plutôt une tendance claire à l'affaiblissement »¹²¹⁶. A la différence de l'Allemagne où la procédure des pétitions rencontre un véritable succès¹²¹⁷, « [...] les pétitions sont rares, et même lorsqu'elles sont couvertes de million de signatures, comme celle qui, en 1960, fut faite [en France] en faveur de la laïcité, elles finissent pratiquement dans la corbeille à papiers »¹²¹⁸. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Pendant que l'on dénombre 17 999 pétitions en instance au *Bundestag* en 2004¹²¹⁹, en Espagne, les deux chambres parlementaires accusent réception de 4 566 pétitions entre 1982 et 1989¹²²⁰, et, au Portugal, l'Assemblée de la République, en dépit d'une volonté de réhabilitation du droit de pétition¹²²¹, reçoit 316 pétitions entre 1991 et 1992¹²²². Quant à la France, l'usage de ce procédé est tout simplement dérisoire puisque seulement 31 pétitions sont adressées au Parlement entre 1997 et 2002¹²²³.

419. Diverses et variées, les raisons susceptibles d'expliquer un tel déclin de ce mode de résolution non juridictionnel des litiges tiennent, tout d'abord, à l'affaiblissement des Parlements et, surtout, à la crise de la démocratie représentative affectant les sociétés occidentales contemporaines. Récurrent¹²²⁴, ce thème de la crise de confiance des citoyens dans leurs représentants connaît un véritable succès auprès des politistes¹²²⁵. A tel point qu'il est possible de se demander, avec le professeur Jacques Chevallier, si cette crise ne relève pas

¹²¹⁵ V. par ex. : J. Bourdon, J.-M. Pontier et J.-C. Ricci, « La participation des citoyens au fonctionnement de l'Etat en France », in L. Favoreu (Dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, op. cit., p. 390 ; S. Dubourg-Lavroff, « Le droit de pétition en France », op. cit., pp. 1755 et ss. ; I. Ibañez Garcia, *Derecho de petición y derecho de queja*, op. cit., p. 10 ; R. Lindon et D. Amson, « Un "ombudsman" en France ? », op. cit. ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 48 ; H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 211.

¹²¹⁶ F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », in *Catedra Joaquin Ruiz-Gimenez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992, p. 30.

¹²¹⁷ Sur ce point, il est intéressant de noter que bon nombre d'auteurs considèrent que le succès du droit de pétition en Allemagne est étroitement lié à l'absence d'ombudsman à compétence générale chargé de recueillir les plaintes des citoyens relatives à leurs relations avec l'administration (en ce sens, v. : V. Barbé, op. cit., p. 362 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 48). En effet, il n'existe en Allemagne qu'un *Military ombudsman* chargé de veiller aux droits fondamentaux des soldats (v. *supra*, n° 51).

¹²¹⁸ R. Lindon et D. Amson, « Un "ombudsman" en France ? », op. cit.

¹²¹⁹ Chiffres proposés par V. Barbé, op. cit., p. 361.

¹²²⁰ En ce sens, v. A. Mora, op. cit., p. 48.

¹²²¹ Sur ce point, v. *supra* n° 213.

¹²²² Chiffres extraits de C. Leston-Bandeira, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português*, op. cit., p. 152.

¹²²³ Source : V. Barbé, op. cit., p. 362.

¹²²⁴ Déjà entre les deux Guerres mondiales des spécialistes de la science politique s'intéressaient à la question. Toutefois, rien de très surprenant compte tenu de la montée en puissance des mouvements nationalistes autoritaires et totalitaires en Europe (v. par ex. J. Barthélemy, *La crise de la démocratie représentative*, Giard, 1928 ; C. Costamagna, *La crise de la démocratie représentative : conférence*, Union des corporations françaises, 1930).

¹²²⁵ V. entre autres : P. Brechon, *La France aux urnes : cinquante ans d'histoire électorale*, La Doc. fr., Paris, 1998 ; A. Freire et Pedro Magalhães, *A Abstenção Eleitoral em Portugal*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002 ; M. Gauchet, *La Démocratie d'une crise à l'autre*, éd. Cécile Defaut, 2007 ; « Quelle crise de la démocratie ? », *Habitat et Société*, 2006, n° 41, p. 19 ; A. Lancelot, *L'Abstentionnisme électoral en France*, Armand Colin, Paris, 1968 ; M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2005, pp. 35 et ss. ; M. Ramírez, *La crisis de la actual democracia española y otros escritos*, op. cit.

plus du mythe que de la réalité¹²²⁶. A vrai dire, bien que le ton soit parfois à l'exagération, on ne saurait nier que nos systèmes démocratiques affichent des signes d'essoufflement évidents. En effet, les citoyens se désintéressant de plus en plus de la vie publique, chaque échéance électorale est l'occasion d'établir un nouveau record du taux d'abstention¹²²⁷. Au regard d'un tel constat, comment espérer que les citoyens s'adressent à l'institution parlementaire afin d'obtenir la résolution des litiges relatifs aux droits fondamentaux se nouant entre eux et les pouvoirs publics. D'autant plus que cette crise de confiance se trouve inévitablement accentuée par le phénomène majoritaire et la discipline de parti précédemment identifiés. Exécutif et Parlement étant, non sans raison, entrevus comme une seule et même entité, les citoyens se résignent à ne pas user de leur droit de pétition par crainte de partialité de l'institution parlementaire.

420. Ensuite, certains auteurs s'accordent pour affirmer que l'apparition de nouveaux moyens d'expression contribue à la perte de vitesse du droit de pétition. « *Droit-participation* »¹²²⁸ permettant à ses bénéficiaires de dénoncer les abus de pouvoir dont-ils seraient victimes, le droit de pétition se trouve effectivement délaissé au profit d'autres supports de communication plus modernes et plus adaptés à l'air du temps, à commencer par la presse¹²²⁹. Déjà en 1958, le professeur Jacques Moreau soulignait : « *le droit de pétition était adapté à la civilisation du suffrage censitaire, de la diligence et d'une presse à tirage limité ; il entre fatalement en décadence à l'ère de la radio, du suffrage universel et de la démocratie de masse* »¹²³⁰. Dès lors, que dire à l'heure actuelle, où l'on assiste à un développement sans commune mesure des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

421. Enfin, il convient d'admettre que l'effectivité de la résolution des litiges impliquant les droits fondamentaux par l'intermédiaire de la procédure de pétition demeure assez relative. N'offrant aucune garantie d'intervention du Parlement, étant donné que le sort des pétitions est laissé à l'entière discrétion des parlementaires¹²³¹, ce mécanisme de protection des droits fondamentaux se révèle, de surcroît, exagérément lent dans ses modalités d'exercice¹²³². Comme le relève Cristina Leston-Bandeira, les principales critiques adressées à cet instrument tiennent à son inefficacité et au délai relativement long entre la présentation d'une pétition et

¹²²⁶ J. Chevallier, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, p. 361.

¹²²⁷ Pour s'en tenir à quelques exemples particulièrement significatifs de ce phénomène abstentionniste, en Espagne, en 2004, les élections européennes ont enregistré la participation la plus basse de toute l'histoire électorale du pays avec une abstention record de 54,06% et les élections législatives de 2008 ont donné lieu à un taux d'abstention de 26,15%. Au Portugal, l'élection présidentielle de 2011 enregistre également un taux de participation très faible puisque seulement 46,52% des électeurs se sont déplacés vers les urnes. Quant à la France, les élections législatives de 2007 ont enregistré un taux d'abstention de 39,6% au premier tour pour atteindre un total de 40% au second tour.

¹²²⁸ L. Favoreu (Dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 343.

¹²²⁹ En ce sens, Sonia Dubourg-Lavroff affirme que « *la concordance entre le développement de la presse libre et la désuétude du droit de pétition est certaine. Ce droit étant un droit individuel de publier sa pensée, les citoyens ont choisi la voie de la presse pour le faire* » (« Le droit de pétition en France », op. cit., p. 1763).

¹²³⁰ J. Moreau, *Un inconnu ; le droit de pétition sous la IV^e République*, Compagnie d'éditions libres sociales et économiques, Paris, 1958, p. 91.

¹²³¹ S. Dubourg-Lavroff, op. cit., pp. 1757-1762.

¹²³² D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., p. 45.

son appréciation par le Parlement¹²³³ ; l'instruction d'une pétition pouvant effectivement prendre plusieurs années. C'est par exemple le cas, au Portugal, de la pétition 92/IV, transmise au Parlement en 1986, par des travailleurs mineurs au sujet de la réforme de leurs conditions de travail, pour être finalement discutée par l'Assemblée plénière en janvier 1993¹²³⁴. Sur ce point, on retombe dans les travers de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

422. En somme, les parlements contemporains ne permettent plus véritablement d'accomplir leur mission de résolution non juridictionnelle des litiges impliquant les droits fondamentaux par l'intermédiaire du droit de pétition. Aussi la vertu de complémentarité avec les mécanismes juridictionnels de garantie des droits et libertés, classiquement attribuée au droit de pétition, n'a-t-elle guère lieu de s'exprimer en pratique. A cet égard, la mise en place d'un ombudsman spécialisé dans la protection des droits de la personne humaine trouve ici une justification de taille dans la mesure où cette institution, dont la philosophie se rapproche, dans une certaine mesure, de celle du mécanisme de pétition, est susceptible de proposer une protection assortie d'un potentiel autrement plus important que celui des commissions de pétition¹²³⁵. Les limites affectant les autorités administratives indépendantes de protection des droits fondamentaux conduisent à une conclusion similaire.

§ 2. Les limites de la protection offerte par les autorités administratives indépendantes sectorielles

423. Comme il a été souligné, la présence d'autorités administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux en France et sur la péninsule ibérique ne va pas sans soulever des interrogations quant à la nécessité contemporaine de recourir à un *human rights ombudsman*, dans la mesure où, susceptible de couvrir un nombre relativement important de droits et libertés, la protection offerte par de telles autorités repose sur des modalités de fonctionnement et d'intervention sensiblement identiques à celles d'un ombudsman. Il n'empêche que, à y regarder de plus près, cette forme de protection est loin d'être aussi aboutie qu'il n'y paraît. Tandis que la vertu de complémentarité des organes juridictionnels de garantie prêtée aux autorités indépendantes est parfois remise en cause¹²³⁶, il convient de constater que, d'une part, certains droits fondamentaux demeurent exclus du domaine d'intervention desdites autorités (A), d'autre part, la fragmentation du système non juridictionnel de garantie des droits et libertés en une multitude d'organes préjudicie à

¹²³³ C. Leston-Bandeira, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português*, op. cit., p. 151.

¹²³⁴ D.A.R. série I, n° 33 du 27 janvier 1993.

¹²³⁵ En ce sens, v. F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », op. cit., pp. 31-34.

¹²³⁶ Comme le souligne le Conseil d'Etat à travers son rapport public pour l'année 2001, « [...] on ne saurait passer sous silence le risque que la multiplication d'autorités administratives indépendantes contribue à conforter la méfiance des citoyens à l'égard des administrations, voire même des juridictions. Lorsque la création par la loi de ces autorités est justifiée au nom de l'efficacité, du professionnalisme et de l'impartialité, l'opinion publique peut être amenée à en déduire que les formes classiques d'intervention de l'Etat ne sont ni efficaces, ni professionnelles, ni impartiales. Les dangers d'un recours fréquent aux autorités administratives indépendantes est donc de ternir l'image des institutions publiques traditionnelles » (C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 325).

l'effectivité de cette forme de protection (B). Dans ces conditions, l'existence d'une institution non juridictionnelle disposant d'une compétence générale dans le domaine de la garantie des droits fondamentaux se révèle, une fois de plus, indispensable.

A. Une protection ne couvrant pas l'ensemble des droits fondamentaux

424. Se distinguant en raison de leur compétence sectorielle, les autorités administratives indépendantes chargées d'exercer une fonction de protection des droits fondamentaux sont susceptibles d'être regroupées en deux grandes catégories : d'un côté, les autorités spécialisées dans la protection d'une liberté fondamentale, de l'autre, les autorités spécialisées dans la protection d'une catégorie de bénéficiaires des droits fondamentaux. En d'autres termes, ces organes non juridictionnels se caractérisent soit par une compétence *rationae materiae* limitée, les conduisant à s'ériger en gardien d'une catégorie de droits spécifique, soit par une compétence *rationae personae* limitée, consistant à restreindre leur sphère d'action à une catégorie de personnes identifiables. Il en résulte que chaque autorité, considérée de façon isolée, ne saurait proposer à elle seule une protection globale des droits et libertés. Surtout, le corpus formé par ces autorités, que ce soit en France ou de l'autre côté des Pyrénées, ne présente pas une exhaustivité et une transversalité suffisante pour garantir l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux¹²³⁷.

425. En Espagne, une telle affirmation ne souffre d'aucune contestation dans la mesure où, hormis les *ombudsmen* sectoriels locaux, dont le nombre exact, on l'a vu, se révèle particulièrement délicat à déterminer, seulement deux autorités administratives indépendantes, l'Agence de protection des données et le Conseil de sécurité nucléaire, interviennent, de façon plus ou moins prononcée, dans le domaine des droits de la personne humaine¹²³⁸. La première autorité permet d'assurer le respect du droit à l'intimité de la vie privée et familiale et de l'article 18-4 de la Constitution espagnole en vertu duquel « *la loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits* »¹²³⁹. La seconde intéresse essentiellement la préservation du droit à la protection de la santé, de l'intégrité physique et d'un environnement adapté au développement de la personne. De même, au Portugal, le nombre d'autorités non juridictionnelles sectorielles spécialement aménagées pour la protection des droits de la personne humaine, bien que sensiblement plus élevé qu'en Espagne, demeure assez modeste. Pour l'essentiel, ces autorités se résument à la Commission nationale de protection des données, la Commission nationale d'objection de conscience, la Commission d'accès aux documents administratifs, l'Entité de régulation de la communication sociale, l'Entité de régulation de la santé et le Défenseur du contribuable, finalement supprimé en 2002. Partant,

¹²³⁷ F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 27.

¹²³⁸ Sur ce point, v. A. Betancor Rodríguez, « L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », *op. cit.*, p. 417.

¹²³⁹ En ce sens, v. : A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes. Un reto para el estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, pp. 180 et ss. ; J.L. Cardoso, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Contributo para a estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, *op. cit.*, p. 172.

il ne fait guère de doute que la grande majorité des droits et libertés garantis par les Constitutions espagnole et portugaise demeurent orphelins de la protection offerte par ces autorités.

426. Compte tenu du nombre impressionnant d'autorités administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux, une telle conclusion se révèle, en revanche, moins évidente s'agissant de la France. Embrassant un nombre conséquent de droits et libertés, ces différentes autorités interviennent effectivement dans des domaines aussi divers et variés que le droit à la protection de la santé, le droit à l'information, les droits de l'enfant, le droit à l'égalité ou, encore, le droit à la protection de la vie privée¹²⁴⁰. Toutefois, aussi vaste soit-il, le domaine d'intervention couvert par le corpus d'autorités indépendantes ne saurait englober l'ensemble des libertés fondamentales. Bon nombre de droits de la personne humaine, en particulier les libertés-collectives, telles que le droit de grève ou la liberté syndicale, mais également des droits-libertés classiques, à l'image du droit de propriété, échappent effectivement à la compétence de ces organes non juridictionnels de protection. Il s'ensuit que la garantie proposée par les autorités à compétence sectorielle actuellement existantes en France et au Portugal ne permet pas d'embrasser un champ matériel aussi large qu'un ombudsman à compétence générale. Par conséquent, le choix récemment opéré par le constituant français de recourir à un Défenseur des droits se révèle on ne peut plus opportun puisque l'introduction de ce nouvel organe au sein de notre environnement institutionnel devrait permettre de remédier au vide juridique lié à l'absence originelle d'autorité non juridictionnelle dotée d'une compétence suffisamment large pour prétendre à la protection de l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis.

427. Certes, certains auteurs ont entendu déceler à travers le précédent du Médiateur de la République une institution en mesure de combler ce vide juridique. Et il est vrai que, sous l'impulsion du dernier titulaire de la fonction, Jean-Paul Delevoye, le Médiateur s'est efforcé d'intégrer la problématique des droits fondamentaux dans le cadre de sa fonction de médiation¹²⁴¹. En atteste les derniers rapports annuels remis par l'institution au Parlement, s'ouvrant sur une préface intitulée « *Un acteur essentiel de la défense des libertés publiques* » et consacrant une rubrique à la question des droits de l'homme¹²⁴². Pour autant, il convient, une fois de plus, de rappeler que si le Médiateur de la République dispose, sur le plan organique, d'une compétence générale de surveillance des pouvoirs publics, spécialement de l'administration, à aucun moment celui-ci ne s'est vu attribuer une fonction de protection des droits et libertés par le législateur. Pour cette raison, il se rapproche davantage du

¹²⁴⁰ V. *supra*, n° 218 et ss.

¹²⁴¹ En ce sens, v. : P.-Y. Baudot et A. Revillard, « Le Médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *R.F.A.P.*, 2011, p. 200 ; « Le Médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *R.F.A.P.*, 2011, p. 346 ; J.-P. Delevoyé, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens de l'administration*, Le cherche midi, coll. Documents, Paris, 2005, p. 12.

¹²⁴² Sans prétendre à l'exhaustivité, c'est par exemple le cas du Rapport pour l'année 2004 qui aborde le thème du renforcement de la démocratie et des droits de l'homme (pp. 72-75), de celui transmis au Parlement en 2005, consacrant quelques lignes à la question de la promotion des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international (pp. 72-74) ou, encore, de celui pour l'année 2006 qui s'intéresse à la problématique de l'accès au droit et de la sauvegarde des libertés fondamentales (pp. 49-70), [en ligne]. Disponibles sur [www.ladocumentationfrancaise.fr].

Commissaire parlementaire pour l'administration britannique¹²⁴³, lequel s'écarte le plus du modèle originel de l'ombudsman suédois¹²⁴⁴ et, *a fortiori*, du modèle ibérique. Autrement dit, le Médiateur français n'est pas, à proprement parler, un protecteur des droits fondamentaux, même si la pratique le conduit à agir sur le terrain de la liberté¹²⁴⁵. C'est pourquoi la proposition du sénateur Robert Badinter visant à constitutionnaliser le Médiateur de la République, en lieu et place de l'introduction du Défenseur des droits, ne paraissait pas très pertinente¹²⁴⁶

428. En revanche, le constituant aurait pu privilégier une voie radicalement différente, consistant en la multiplication des autorités sectorielles afin que ces dernières forment un corpus suffisamment large pour embrasser l'ensemble des droits fondamentaux. En France, cette option est largement défendue par le professeur Xavier Philippe, lequel, assez sceptique quant à la capacité du Défenseur des droits à remplir la tâche qui lui est assignée, considère qu'« *il aurait peut être été plus judicieux de consacrer un plus grand nombre d'autorités constitutionnelles indépendantes en s'inspirant des grandes classifications des droits fondamentaux. La différence avec la proposition du Comité repose sur une approche plus intégrée de la protection non contentieuse des droits fondamentaux qui n'aurait pas fait reposer sur les seules épaules du "Défenseur des droits fondamentaux" une tâche très étendue. L'idée doit donc être conservée mais les autorités constitutionnelles indépendantes multipliées* »¹²⁴⁷. Séduisante, une telle proposition, qui trouve, aux yeux de la Commission nationale consultative des droits de l'homme¹²⁴⁸, un appui solide à travers le phénomène de multiplication des *ombudsmen* au sein du pays fondateur de l'institution, la Suède¹²⁴⁹, se doit

¹²⁴³ A.-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, op. cit., p. 319.

¹²⁴⁴ A cet égard, il est intéressant de noter que la qualité d'ombudsman lui est refusé par beaucoup de britanniques, « à commencer par le premier titulaire de la fonction » (A. Legrand, « Médiateur ou ombudsman ? (Commentaire de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur », *A.J.D.A.*, 1973, p. 231).

¹²⁴⁵ Sur ce point, une récente étude sociologique relative au Médiateur de la République met en avant que « *la vision du Médiateur comme défenseur des droits est fortement portée par la tête de l'institution : le Médiateur lui-même, son cabinet et notamment les cellules "Affaires internationales et droits de l'homme" et "communication" en son sein. L'optique de défense des droits est également assez présente chez les agent-e-s de la direction des réformes et du pôle Santé. En revanche, cette conception de l'institution comme ayant essentiellement vocation à défendre les droits des usagers est moins présente dans les autres secteurs d'instruction, et surtout à la base de l'institution, chez les délégués. La majorité des acteurs de l'institution semble ainsi beaucoup plus attachée à une vision du Médiateur comme "facilitateur", "pédagogue", "intercesseur", instance visant à rapprocher l'administration des administrés notamment par un travail d'explication des décisions administratives, mais n'ayant pas nécessairement pour vocation de défendre systématiquement les droits de ces derniers contre l'administration* » (A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, Mission de recherche Droit et Justice, CERAL, Université Paris 13, 2011, p. 27).

¹²⁴⁶ Amendement n° 491, *J.O.* du Sénat du 25 juin 2008, n° 51, compte rendu intégral, séance du 24 juin 2008, p. 3392.

¹²⁴⁷ X. Philippe, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *R.F.D.C.*, n° hors-série, *Après le Comité Balladur, Réviser la Constitution en 2008 ?*, 2008, p. 222.

¹²⁴⁸ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, op. cit., p. 13.

¹²⁴⁹ Comme le rapporte l'Étude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, le nombre d'*ombudsmen* en Suède « *s'est progressivement accru : deux en 1915, trois en 1967, quatre en 1975, chacun disposant d'un domaine d'intervention. Actuellement, le premier est responsable de l'institution et de l'orientation de ses activités [...]. Le second ombudsman contrôle les institutions judiciaires, le ministère public, la police et les prisons. Le troisième contrôle l'armée et les administrations locales. Le quatrième contrôle tout ce qui concerne la sécurité sociale et la protection sociale. La Suède est également dotée d'autres médiateurs*

d'être rejetée. Au-delà du fait que les autorités normatives, en s'engageant dans cette voie, courent le risque de ne pas être exhaustives, c'est-à-dire de laisser, par inadvertance, certains droits et libertés orphelins de toute protection¹²⁵⁰, la fragmentation du système non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux en plusieurs autorités revêtues d'une compétence sectorielle s'avère, en réalité, préjudiciable à l'effectivité de cette forme de protection. Aussi n'est-il guère surprenant que la nécessité de revenir à un ombudsman unique soit régulièrement débattue en Suède¹²⁵¹.

B. Une protection fragmentée souffrant d'un déficit de cohérence

429. Si le principe d'une protection non juridictionnelle sectorielle ne saurait être rejeté en bloc, dans la mesure où une pluralité d'instances de régulation intervenant dans le domaine des droits fondamentaux peut « offrir l'assurance d'une prise en compte de la diversité des besoins et des problèmes, au plus près des acteurs »¹²⁵², le déficit de cohérence qui caractérise cette forme de garantie, source d'éparpillement des compétences et d'illisibilité du système institutionnel non juridictionnel de protection des droits fondamentaux, ne va pas sans préjudicier à son effectivité. Au demeurant, comment pourrait-il en être autrement dès lors que la confusion la plus profonde anime le processus de création des autorités administratives indépendantes. Comme le soulignait déjà le Conseil d'Etat en 2001, « pour continuer qu'il soit, le processus de création [des autorités indépendantes] ne semble obéir à aucun plan préconçu. [...] c'est la nécessité contingente qui fait la loi : aucune logique d'ensemble préétablie ne guide le mouvement de création des autorités administratives indépendantes ; le recours à la formule ne fait que répondre à chaque fois à un problème spécifique »¹²⁵³.

430. Pointé du doigt par l'ensemble des études spécialisées sur la question¹²⁵⁴, ce développement anarchique, se révèle, de surcroît, accentué par l'accélération du rythme de création des autorités administratives indépendantes ces dernières années. Modéré en Espagne¹²⁵⁵ et, jusqu'à présent à tout le moins, au Portugal¹²⁵⁶, un tel mouvement frénétique

dans des domaines particuliers, qui ne sont pas élus par le Parlement mais désignés par le gouvernement : l'ombudsman pour les consommateurs, l'ombudsman contre la discrimination ethnique, l'ombudsman pour les handicapés notamment. Depuis 1993, un ombudsman des enfants veille à la sauvegarde des droits et intérêts des enfants et des jeunes sur la base de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant » (Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, op. cit., p. 21).

¹²⁵⁰ F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », op. cit., p. 22.

¹²⁵¹ A. Legrand, « L'ombudsman parlementaire suédois. 1970-1990. Une originalité persistante », op. cit., pp. 580-581.

¹²⁵² S. Denaja, « Le Défenseur des droits », op. cit., p. 508.

¹²⁵³ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 263.

¹²⁵⁴ V. entre autres: J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », op. cit. ; M. Collet, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ? », op. cit., pp. 5-6 ; R. Dosière et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*, tome I, 2010, p. 59 ; G. Maître, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », op. cit., p. 18.

¹²⁵⁵ Comme le souligne le professeur Andrés Betancor Rodriguez, en Espagne, le recours aux autorités administratives indépendantes n'est pas « [...] un phénomène général mais circonstanciel, marqué par la prudence et les préventions, ce qui explique son caractère certainement limité » (« L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes », op. cit., pp. 412-413). A cet égard, il n'est pas inenvisageable que les autorités normatives espagnoles, en refusant de s'aventurer outre mesure sur le terrain de la création d'autorités

de multiplication des instances non juridictionnelles de garantie touche, en revanche, de plein fouet la France. Et pour cause ! Les pouvoirs publics sont demeurés largement indifférents aux recommandations formulées par le Conseil d'Etat, consistant à n'utiliser la formule des autorités administratives indépendantes qu'à bon escient¹²⁵⁷ et à s'assurer, préalablement à la création d'une autorité administrative indépendante, « [...] que le besoin auquel répond cette autorité ne pourrait être traité de façon aussi satisfaisante par une forme classique d'intervention de l'Etat »¹²⁵⁸. De sorte que, depuis dix ans, ce ne sont pas moins de vingt autorités indépendantes qui ont été créées, soit une moyenne de deux par an¹²⁵⁹.

431. C'est là une motivation importante de la proposition n° 76 du Comité Balladur relative à la mise en place du Défenseur des droits, appelé, dans l'esprit des membres du Comité, à remplacer « l'ensemble des autorités administratives indépendantes qui œuvrent dans le champ de la protection des libertés en recevant autorité sur ceux de leurs services qui seraient appelés à subsister »¹²⁶⁰. L'objectif clairement affiché étant de donner plus de cohérence et plus de lisibilité à l'ensemble institutionnel chargé de la protection des droits et libertés¹²⁶¹. Recommandée par une partie de la doctrine, dont les professeurs Jean-Marie Pontier¹²⁶² et Bertrand Mathieu¹²⁶³, défendue par bon nombre de rapports parlementaires d'information¹²⁶⁴, cette nécessaire rationalisation du système institutionnel non juridictionnel

administratives indépendantes, aient appréhendé dès l'origine les dangers attachés à un tel processus de fragmentation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits et libertés.

¹²⁵⁶ On est effectivement en droit de se demander pour combien de temps le Portugal continuera à échapper à cette problématique dans la mesure où ce dernier connaît, depuis quelques années désormais, de très nombreuses tentatives, finalement avortées, de création d'*ombudsmen* sectoriels dans des domaines aussi divers et variés que l'écologie, l'enfance, ou encore la consommation (pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, pp. 22 et ss ; J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 62).

¹²⁵⁷ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 374.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 377.

¹²⁵⁹ R. Dosière et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁶⁰ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁶¹ *Exposé des motifs du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, septembre 2009, p. 1 [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr].

¹²⁶² « L'un des problèmes en France est sans doute de savoir, surtout dans la perspective envisageable de "couvrir" de nouveaux domaines par des AAI, s'il ne conviendrait pas de regrouper au moins certaines d'entre elles au sein de sortes de "super-AAI" dont un des mérites au moins serait l'unification inévitable des règles et des procédures applicables. Ainsi l'on a pu constater que, dans certains pays, les fonctions qui sont celles que nous avons attribuées à une AAI particulière, le Défenseur des enfants, étaient assurées par l'équivalent du Médiateur » (cité par P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 74).

¹²⁶³ « Il y a deux conceptions du "Défenseur des droits fondamentaux" : ou bien, on le verra comme une autorité indépendante qui vient s'ajouter à celles existantes, telles le médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la HALDE ou le Contrôleur général des lieux de privation des libertés, etc... Et, en ce cas sa création va, selon un travers bien français, alourdir le système ; ou bien, ce "Défenseur des droits fondamentaux" sera conçu comme une autorité fédérant les autres et assurant ainsi la cohérence de l'action de tous ceux qui interviennent dans le domaine des droits fondamentaux... Et, en ce cas, sa création se traduira par un gain sensible d'efficacité. Les deux options sont ouvertes. La réponse sera donnée par la loi organique ». (« Du Comité Balladur au Congrès de Versailles. – Genèse et logiques d'une réforme », *J.C.P. G.*, 2008, n° 31, I 168).

¹²⁶⁴ Le sénateur Patrice Gélard relève ainsi que « la multiplication des autorités administratives indépendantes, dans le domaine de la protection des droits comme dans d'autres matières, conduit à s'interroger sur l'opportunité d'une réorganisation ou d'un regroupement de certaines d'entre elles » (*Rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et*

de garantie des droits fondamentaux, à laquelle entend répondre la mise en place du Défenseur des droits, est cependant loin de recueillir l'unanimité des suffrages¹²⁶⁵.

432. Tandis que la majorité gouvernementale et le Médiateur de la République se sont lancés dans une véritable campagne publicitaire louant les mérites du processus de regroupement d'un certain nombre d'autorités indépendantes au sein du Défenseur des droits¹²⁶⁶, l'absence d'évaluation sérieuse de l'activité des différentes autorités visées par le Comité Balladur¹²⁶⁷ a effectivement conduit une frange non négligeable de la doctrine à se montrer beaucoup plus réservée¹²⁶⁸. Notamment, des voix se sont élevées pour mettre en garde, non sans une certaine sagesse, contre les dangers inhérents à une telle démarche¹²⁶⁹, dont le seul objet serait de faire main-basse sur des contre-pouvoirs aux prises de positions parfois gênantes¹²⁷⁰. Surtout, les autorités potentiellement concernées par le regroupement ont exprimé, d'une part, la crainte d'une perte d'indépendance, de visibilité et de notoriété, d'autre part, le risque d'une dilution de leurs savoirs faire et de leurs compétences¹²⁷¹. « *On peut certes y voir une marque de résistance "corporatiste" mais force est de constater que les arguments soulevés sont pertinents. On peut d'autant plus y prêter attention que ces arguments sont repris par des organismes non concernés par cette réorganisation* »¹²⁷². En particulier, la Commission nationale consultative des droits de l'homme est venue rappeler

d'administration générale sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, Sénat, 2010, p. 14). Puis, citant le Rapport publié par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation en juin 2006, le sénateur rappelle que « *le législateur ne doit pas rejeter a priori toute réorganisation du paysage des AAI qu'il a créées. [...] l'examen régulier de l'activité de chaque autorité par les organismes parlementaires compétents peut, le cas échéant, faire émerger des possibilités de fusion ou d'absorption de nature à simplifier notre système d'autorités administratives indépendantes* » (*Ibid.*, p. 21).

¹²⁶⁵ Au Portugal, également, une opposition très nette s'est instaurée entre défenseurs d'un système de garantie non juridictionnel unitaire et partisans d'une pluralité d'instances de protection (sur ce point, v. F. Boa Baptista, « *O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar* », *op. cit.*, p. 26).

¹²⁶⁶ Ceci est particulièrement prégnant à la lecture de l'Etude d'impact annexée au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits (*Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*) et du dernier rapport annuel remis par le Médiateur de la République au Parlement (*Rapport annuel 2010*, pp. 70-71 spéc., [en ligne]. Disponible sur [www.mediateur-republique.fr]).

¹²⁶⁷ Sébastien Denaja relève en ce sens que « *le jugement implicitement porté sur leur action aurait ainsi mérité d'être plus amplement justifié car une telle appréciation paraît, si ce n'est totalement "gratuite", du moins quelque peu hâtive. Les conclusions auxquelles sont parvenus les membres du Comité auraient, de ce point de vue, mérité qu'il soit donné davantage de profondeur et de réflexion* » (« *Le Défenseur des droits* », *op. cit.*, p. 508).

¹²⁶⁸ V. entre autres : B. Plessix, « *Des droits nouveaux pour les citoyens* », *J.C.P. G.*, 2008, I, p. 63 ; J.-C. Ménard, « *Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ?* », *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶⁹ C'est par exemple le cas du sénateur Robert Badinter, lequel souligne que « *rationalisation ne veut pas dire concentration des pouvoirs en une seule main et création d'un vaste office bureaucratique dont le chef, le Défenseur des droits, assumerait, en définitive, la responsabilité de faire face à toutes les dérives ou atteintes de toute nature aux droits fondamentaux des Français et des étrangers vivant sur notre sol. Le projet de loi, s'il est voté en l'état, engendrera inévitablement des conflits de compétences, de personnalités et de rivalités au sein de ce géant, pour ne pas dire de ce monstre bureaucratique* » (*J.O.* du Sénat du 25 juin 2008, *op. cit.*, p. 3392).

¹²⁷⁰ En ce sens, v. not. N. Borvo Cohen-Seat, *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, pp. 4334-4335 ; F. Krug, N. le Blevenec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « *Le Défenseur des droits, un recul des contre-pouvoirs ?* », *Rue89*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.rue89.com].

¹²⁷¹ Sur ce point, v. : J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 104 présenté au nom de la Commission des lois au Sénat sur le projet de loi de finance pour 2009, 2008, pp. 21-22 et Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, 2009, pp. 23-24.

¹²⁷² A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, pp. 60-61.

que « *la qualité du travail effectué et l'augmentation significative du nombre de requêtes individuelles qui parviennent à ces autorités renforcent le constat de leur utilité et de leur efficacité* »¹²⁷³.

433. Aussi la prudence est-elle de mise en la matière. Comme le soulignait le Conseil d'Etat à travers son rapport public pour l'année 2001, en ramenant les autorités indépendantes à une forme unique, on priverait cette forme de protection de sa raison d'être : apporter une réponse adaptée à un problème spécifique¹²⁷⁴. Pour autant, il n'empêche qu'un système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux reposant sur une pluralité d'instances de protection se révèle porteur d'importantes lacunes. Ne répondant à aucun schéma préétabli, cette forme de protection s'avère largement dépourvue d'unité de sens (1). En outre, la fragmentation du système institutionnel de garantie qui en découle constitue une source de complication pour les citoyens (2). C'est pourquoi « *on ne peut contester la légitimité de vouloir accomplir un effort de rationalisation de l'action des organes visés, compte tenu de ce qu'elle aurait logiquement un effet bénéfique pour le bon fonctionnement de l'Etat de droit en France* »¹²⁷⁵.

1. Une protection dépourvue d'unité de sens

434. Outre que la multiplication des autorités administratives indépendantes implique un coût budgétaire non négligeable¹²⁷⁶, il convient de reconnaître que la fragmentation du système institutionnel non juridictionnel de garantie qui en résulte empêche d'insuffler une unité de sens au processus de protection des droits fondamentaux. Trois éléments, intimement liés, rendent compte d'un tel phénomène.

435. Tout d'abord, la sectorisation ne permet pas de livrer une vision d'ensemble des problèmes qui, bien que relevant d'autorités administratives indépendantes distinctes, présentent un certain nombre d'analogies¹²⁷⁷. A ce titre, le professeur Álvaro Gil-Robles rappelle que la capacité d'un ombudsman à recommander et à promouvoir le changement dépend de la possibilité d'effectuer une radiographie globale de l'Etat. Une fragmentation de l'institution permet, évidemment, une grande variété de radiographies ciblées, mais elle ne

¹²⁷³ C.N.C.D.H. Ass plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 1.

¹²⁷⁴ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁷⁵ S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 508.

¹²⁷⁶ Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 38 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1027. Il convient effectivement de constater que le coût financier impliqué par la multiplication des autorités indépendantes se présente comme une préoccupation croissante des parlementaires (en ce sens, v. par ex. P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 13). C'est d'ailleurs là une des raisons avancées par certains pour justifier de la mise en place, en France, du Défenseur des droits (sur point, v. par ex. J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 104 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2009, p. 23). Pourtant, le Secrétaire général du Défenseur des droits, Richard Senghor, considère que le processus de regroupement d'un certain nombre d'autorités au sein d'une structure unique ne devrait pas véritablement permettre de faire des économies d'échelles dès lors qu'un tel processus implique la construction de nouvelles infrastructures et un nivellement vers le haut des salaires du personnel des différentes autorités regroupées (Propos recueillis à l'occasion d'un entretien tenu à Paris le 8 décembre 2011).

¹²⁷⁷ R. Dosièrre et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 67.

permet pas de satisfaire à cette exigence de lecture globale. Il en résulte que le Parlement, collaborateur privilégié de l'ombudsman, reçoit une multitude de rapports spéciaux portant sur telle ou telle matière qui ne saurait égaler un bilan global¹²⁷⁸.

436. Ensuite, la fragmentation du système institutionnel non juridictionnel de garantie s'accompagne d'une hétérogénéité des prérogatives des autorités administratives indépendantes défavorable à une protection uniforme des droits fondamentaux. Car, si la philosophie qui anime ce mode de protection est toujours la même d'une autorité à l'autre, à savoir protéger les droits et libertés des individus en poussant les pouvoirs publics à modifier leur ligne de conduite par le recours exclusif à l'incitation, il n'est pas un élément du régime juridique des autorités indépendantes qui échappe au constat de l'hétérogénéité¹²⁷⁹. Ainsi, le professeur Jacques Chevallier constate que, « *de plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leurs domaines d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs, au point qu'il est difficile de trouver entre elles un dénominateur commun. (...) Si l'octroi aux AAI de compétences juridiques normalement dissociées a été l'un des critères d'identification de la catégorie, la gamme de pouvoirs dont elles disposent a toujours été variable* »¹²⁸⁰. Par exemple, en France, certaines autorités de protection des droits fondamentaux, telles que la CNIL, disposent d'un pouvoir réglementaire et de sanction, tandis que d'autres, à l'image du Défenseur des enfants, s'appuient exclusivement sur des prérogatives non contraignantes pour mener à bien leur mission de protection des droits et libertés. Dans ces conditions, il apparaît évident que la protection offerte par les autorités indépendantes ne saurait être strictement identique d'une autorité à l'autre. Compte tenu, justement, de l'hétérogénéité de leur statut et, surtout, de leurs prérogatives, ce que pourra demander un particulier à une autorité, il ne pourra pas nécessairement le demander à une autre. En somme, à l'hétérogénéité des prérogatives correspond une hétérogénéité de la protection des droits fondamentaux, ce qui, de toute évidence, n'est pas très satisfaisant.

437. Enfin, si l'ensemble des autorités indépendantes œuvrent incontestablement en faveur de la protection des droits de la personne humaine, l'orientation donnée à leur action ne saurait être strictement identique d'une autorité à l'autre. En particulier, il existe un risque de contradictions évident sur des sujets qui se recoupent¹²⁸¹ ; risque accentué par le manque de communication entre ces autorités. Pire, la multiplication d'autorités intervenant dans un même secteur et l'enchevêtrement des compétences qui en découle peut entraîner des

¹²⁷⁸ Á. Gil-Robles, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁷⁹ En ce sens, v. not. : J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *op. cit.* ; « La rationalisation du système des AAI », *op. cit.*, pp. 28 et 31 ; N. Decoopman, *Le désordre des AAI : l'exemple du secteur économique et financier*, P.U.F., coll. "CE-PRISCA", 2002 ; P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 21 ; M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 61 et 86 ; V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 98 ; A. Rouyère, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 887.

¹²⁸⁰ J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 896.

¹²⁸¹ J.M. Menéres Pimentel, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, *op. cit.*, p. 81.

situations perverses de conflit et de concurrence¹²⁸² préjudiciables à toute action globale en faveur des droits de la personne humaine. En effet, « *tout comme la coexistence entre autorités administratives indépendantes et administrations traditionnelles, la coexistence des autorités administratives indépendantes entre elles est une source potentielle de difficultés et de tensions* »¹²⁸³.

438. Au regard d'un tel constat, le recours à une autorité non juridictionnelle disposant d'une compétence générale en matière de protection des droits de la personne humaine se doit d'être privilégié. D'autant plus que, en définitive, la fragmentation du système non juridictionnel de garantie en une multitude d'autorités pose un véritable problème de lisibilité, voire de visibilité, du dispositif institutionnel pour le citoyen.

2. Une protection dépourvue de lisibilité et de visibilité

439. Au-delà d'un déficit d'unité de sens, la protection offerte par un système institutionnel composé d'une multitude d'autorités non juridictionnelles présente deux obstacles de taille à l'effectivité d'un tel mode de garantie, « *sources d'insécurité juridique et de confusion* »¹²⁸⁴ pour les individus : d'une part, un manque de lisibilité du système en question, d'autre part, une absence de visibilité de certaines autorités.

440. Le manque de lisibilité se trouve étroitement lié aux chevauchements, c'est-à-dire aux problèmes de frontière et de concurrence, impliqués par la pluralité d'instances de protection¹²⁸⁵. A savoir que le foisonnement d'autorités intervenant sur des aspects connexes d'un seul et même domaine, celui de la protection des droits et libertés, aboutit inévitablement à un système complexe au sein duquel les risques de conflits de compétences se trouvent multipliés. Il s'ensuit que le citoyen, face à la myriade d'autorités indépendantes ou d'*ombudsmen* sectoriels, ne parvient pas nécessairement à déterminer l'institution compétente pour connaître de son litige¹²⁸⁶.

441. Ainsi, en France, le rapport remis par le Comité Balladur au Président de la République conclut que la multiplication des autorités administratives indépendantes conduit à « *une dilution des responsabilités qui est par elle-même préjudiciable aux droits des citoyens. Ces derniers, confrontés à des erreurs administratives mettant en cause leurs droits fondamentaux, ne savent pas même à quel organisme s'adresser pour faire valoir leurs droits* »¹²⁸⁷. Il est vrai que la pluralité d'instances non juridictionnelles de protection soulève nombre d'interrogations sur le terrain de la répartition des compétences : « *un citoyen*

¹²⁸² F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 28.

¹²⁸³ C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 341.

¹²⁸⁴ G. Maitre, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *op. cit.*, p. 25.

¹²⁸⁵ R. Dosière et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁸⁶ J.M. Menéres Pimentel, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 81.

¹²⁸⁷ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, *op. cit.*, p. 92.

s'estimant victime d'une discrimination de la part d'une administration publique doit-il s'adresser au Médiateur de la République ou à la HALDE ? Les parents d'un enfant faisant face à des difficultés doivent-ils contacter le Médiateur de la République ou le Défenseur des enfants ? Un détenu s'estimant victime d'agissements indus de l'administration pénitentiaire doit-il contacter la Commission nationale de déontologie de la sécurité ou le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ? »¹²⁸⁸. Bref, « on ne sait plus qui est au premier chef compétent »¹²⁸⁹, à tel point que commence à émerger une jurisprudence sur la répartition des compétences entre les différentes autorités indépendantes¹²⁹⁰. En quelque sorte, on retombe sur les difficultés tenant à la détermination de l'ordre de juridiction compétent au sein des systèmes juridictionnels dualistes. A la différence que, ici, la problématique de la répartition des compétences ne se pose pas entre deux ordres de juridictions mais entre une multitude d'autorités habilitées à connaître des droits de la personne humaine. La difficulté rencontrée par le citoyen pour déterminer l'organisme compétent n'en est que plus grande.

442. Partant, la volonté du Constituant français de permettre aux citoyens de disposer d'un seul organisme défenseur des droits, qu'ils pourraient saisir pour toute une série de problèmes, au lieu de devoir s'orienter parmi un grand nombre d'instances diverses créées pour défendre les droits des citoyens dans leur vie quotidienne, est on ne peut plus salubre. Le Défenseur des droits pourrait effectivement devenir un « guichet unique » des réclamations des individus en matière d'atteintes aux libertés fondamentales¹²⁹¹. Il favoriserait la mise en place d'un système institutionnel plus cohérent et, par ce biais, permettrait une meilleure lisibilité des droits et libertés des personnes¹²⁹².

443. S'agissant du manque de visibilité, il est évident que la fragmentation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux en une multitude d'autorités affecte la perception de cette forme de protection par les citoyens. A cet égard, bon nombre d'observateurs français constatent que la CNDS, malgré l'excellent travail accompli, demeure quasiment inconnue du grand public¹²⁹³. A n'en pas douter, un tel déficit de notoriété est susceptible d'expliquer la très relative prise en considération des recommandations

¹²⁸⁸ R. Dosière et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁸⁹ O. Schrameck in « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *R.D.P.*, 2008, p. 29.

¹²⁹⁰ « C'est ainsi que la délicate question de la répartition des compétences entre la CNIL et la CADA, pour ce qui est du droit d'accès des individus aux informations nominatives contenues dans un fichier manuel de l'administration, a été tranchée par le décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 19 mai 1983, Bertin, avant que la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration ne procède enfin à la coordination des textes relatifs aux documents administratifs, à l'informatique et aux archives » (C.E., *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 341).

¹²⁹¹ N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, pp. 1692-1693.

¹²⁹² En ce sens, v. V. Barigant, E. Gama et Ch. Singh, « Le Défenseur des droits », 23 mars 2009 [en ligne]. Disponible sur [www.droits-libertes.org].

¹²⁹³ Sur ce point, v. not. : R. Dati, *J.O.* du Sénat du 25 juin 2008, n° 51, compte rendu intégral, séance du 24 juin 2008, p. 3394 ; J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, *op. cit.*, p. 23.

adressées aux pouvoirs publics par cette autorité¹²⁹⁴. Passant largement inaperçus, les avis formulés par la CNDS peuvent effectivement demeurer au rang de simples déclarations d'intention sans que personne ne s'émeuve outre mesure d'une telle situation. Sur ce point, également, la mise en place d'un ombudsman à compétence générale, jouissant, par définition, d'une plus grande visibilité et, ce faisant, d'une influence plus conséquente, devrait permettre d'obtenir de meilleurs résultats. Sans compter que le recours à une telle institution est en mesure de remédier au risque de détournement des citoyens de cette forme de protection en voie de banalisation¹²⁹⁵. Car, comme le rappelle le professeur Jacques Chevallier, plus les autorités administratives indépendantes sont nombreuses, plus elles se fondent dans le paysage institutionnel de protection des droits et libertés et ont de peine à s'assurer le soutien de l'opinion publique¹²⁹⁶.

444. Conclusion du Chapitre 2 et du Titre I. Faisant suite au besoin initialement ressenti par l'Espagne et le Portugal de faciliter le processus de transition démocratique à la sortie d'une longue période de dictature, la justification contemporaine du recours à un ombudsman spécialisé à l'aune des insuffisances du système institutionnel classique de garantie des droits fondamentaux peut de prime abord surprendre quelque peu. Tandis que le juge se présente comme le gardien privilégié des droits fondamentaux, sans la présence duquel ces derniers ne sauraient véritablement exister, la protection des droits et libertés se trouve renforcée par la présence de mécanismes non juridictionnels classiques dont les modalités d'interventions se révèlent complémentaires de l'action du juge.

445. *A priori* surprenante, l'insuffisance du système institutionnel classique de garantie, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, n'en demeure pas moins, en réalité, avérée. Aussi indispensables soient-elles, les traditionnelles voies de recours ne sauraient effectivement répondre à l'ensemble des exigences des droits fondamentaux. Indépendamment du fait que le relais des mécanismes non juridictionnels de protection se révèle, en pratique, fortement limité, l'image du juge gardien privilégié des droits et libertés se trouve sujet à caution. Outre les nombreux obstacles entravant l'accès des bénéficiaires des droits fondamentaux au prétoire des juridictions, en atteste, d'une part, l'efficacité quelquefois limitée du contrôle opéré par le juge et, d'autre part, l'attachement parfois relatif de celui-ci aux droits fondamentaux. Insuffisances accentuées dans le domaine des droits-créances puisque, ainsi qu'il a été souligné, non seulement les personnes les plus défavorisées sont celles qui rencontrent les plus grandes difficultés pour saisir le juge, mais, en outre, leurs droits les plus essentiels, lorsqu'ils ne demeurent pas au rang de simples déclarations d'intentions, sont ceux qui bénéficient du degré de protection le plus faible. Il en résulte des zones grises au sein du système institutionnel de protection des droits et libertés propices à la mise en place d'un ombudsman spécialisé.

¹²⁹⁴ En ce sens, v. : C.N.D.S., *Rapport 2009 remis au Président de la République et au Parlement*, [en ligne]. Disponible sur [www.cnds.fr] ; F. Ocqueteau et S. Enderlin, « La Commission nationale de la déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *R.F.A.P.*, 2011, pp. 392-393.

¹²⁹⁵ J. Caupers, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », in *O Cidadão, O Provedor de justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, op. cit., p. 84.

¹²⁹⁶ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », op. cit.

446. Procédant d'une philosophie distincte de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie, spécialement celle du juge, l'ombudsman spécialisé procède, en effet, d'une volonté de compléter le système institutionnel de protection des droits fondamentaux. Un tel constat conduit logiquement à s'intéresser à l'apport de l'ombudsman spécialisé au système institutionnel de garantie des droits et libertés.

TITRE II

L'APPORT DE L'OMBUDSMAN SPECIALISE AU SYSTEME INSTITUTIONNEL DE GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX

447. Affectés d'imperfections diverses et variées, le système institutionnel classique de garantie des droits et libertés, loin d'être aussi parfait qu'une première approche peut le laisser penser, ne saurait en réalité satisfaire l'ensemble des besoins des droits fondamentaux.

448. Or, l'ombudsman spécialisé, en tant qu'il puise sa raison d'être actuelle, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, à travers l'insuffisance des mécanismes traditionnels, tant juridictionnels que non juridictionnels, de protection, s'inscrit précisément dans une perspective de renforcement du système institutionnel de garantie des droits fondamentaux. « *Pièce supplémentaire dans le délicat engrenage de la machine de l'Etat de droit* »¹²⁹⁷, l'*human rights ombudsman*, en raison de sa fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux et de sa configuration institutionnelle atypique, permet, en effet, de consolider la protection des droits de la personne humaine.

449. Evidemment, l'ombudsman spécialisé ne saurait remédier à l'ensemble des lacunes affectant les traditionnelles voies de recours. Et ce d'autant plus que cette forme de protection se révèle elle-même affectée d'insuffisances, spécialement en France où le Défenseur des droits demeure sur certains points une pâle réplique du modèle ibérique du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* dont il entend s'inspirer.

450. Sous couvert de cette précision, il n'en demeure pas moins que l'ombudsman spécialisé est susceptible d'œuvrer en faveur de l'émergence d'un système institutionnel de garantie complet. Afin d'apprécier un tel apport, il s'agira, dans un premier temps, de démontrer que l'*human rights ombudsman* se présente comme une institution spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux (Chapitre 1). La configuration institutionnelle de l'ombudsman spécialisé ainsi appréhendée, il sera, dans un second temps, possible d'apprécier que celui-ci, compte tenu précisément de ses caractéristiques propres, favorise l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits et libertés complet (Chapitre 2).

451. En somme, à une étude statique de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux telle qu'offerte par l'ombudsman spécialisé se succédera une étude dynamique consistant à analyser les rapports entre cette institution et les traditionnelles voies de

¹²⁹⁷ M. Retuerto Buades, « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *R.C.G.*, 1993, n° 29, p. 13.

protection et, ce faisant, rendre compte de l'apport de l'*human rights ombudsman* au système institutionnel de protection des droits et libertés.

Chapitre 1 – Une institution spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux

*« Il n'y a rien de plus semblable à un ombudsman qu'un autre ombudsman,
mais il n'existe pas deux ombudsmen équivalents »*

Rovira Viñas

452. Répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé se présente, en France et sur la péninsule ibérique, comme une autorité non juridictionnelle spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux. En cela, il se distingue du modèle originel de l'ombudsman scandinave et peut être rattaché, sur la base de la typologie établie par le professeur Linda Reif, à la catégorie des *human rights ombudsmen*¹²⁹⁸. Afin d'éclaircir les développements à venir, deux précisions s'imposent.

453. En premier lieu, l'ombudsman spécialisé, en même temps qu'il s'écarte du modèle originel scandinave sur le plan fonctionnel, renoue, du moins en Espagne et au Portugal, avec la plupart de ses caractéristiques statutaires, largement altérées à l'occasion du mouvement de diffusion de l'institution dans le monde. En d'autres termes, l'*human rights ombudsman* s'inspire, en son essence, de l'institution scandinave¹²⁹⁹ et, ce faisant, contribue à « *une revitalisation de l'institution originelle de l'Ombudsman qui retrouve, après beaucoup d'années de lente dégradation, les traits essentiels qui caractérisaient son originalité première* »¹³⁰⁰. C'est pourquoi on ne saurait parler de véritable divorce entre les deux modèles¹³⁰¹.

454. En second lieu, l'ombudsman ibérique et le Défenseur des droits français, en dépit de nombreuses similitudes, ne sauraient être placés sur le même plan. Tandis que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se présentent, à de rares exceptions près, comme des jumeaux¹³⁰², le Défenseur des droits, bien qu'inspiré de ces deux institutions, n'en accuse pas moins des différences notables. Trouvant une explication logique au regard de la différence de contexte de mise en place de l'ombudsman spécialisé en France et de l'autre côté des Pyrénées¹³⁰³, de telles différences s'expriment essentiellement de deux façons.

¹²⁹⁸ Tel que démontré précédemment, Linda Reif opère une distinction entre le modèle traditionnel scandinave du *Parliamentary ombudsman*, issu de la majorité parlementaire et chargé de la seule supervision de l'administration publique, le modèle, anciennement français et actuellement britannique, de l'*Executive ombudsman*, poursuivant, à l'identique du *Parliamentary ombudsman*, une fonction exclusive de supervision de l'administration mais rattaché à l'exécutif et le modèle de l'*Human rights ombudsman*, désigné par le Parlement et chargé d'une mission privilégiée de protection des droits fondamentaux (en ce sens, v. *supra*, n° 36).

¹²⁹⁹ En ce sens, v. not. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 135 ; A. la Pergola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *R.E.P.*, 1979, n° 7, p. 71 ; J. Menéres Pimentel, « L'ombudsman portugais », in Epaminondas A. Marias (éd.), *The European Ombudsman*, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁰⁰ Á. Gil Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *E.D.C.E.*, 1984, n° 35, p. 87.

¹³⁰¹ H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 7.

¹³⁰³ En ce sens v. l'annexe 1.

455. D'une part, le Défenseur des droits, contrairement au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, se distingue en raison d'un déficit d'homogénéité étroitement lié à la spécificité de son processus de création. Animée par un souci de rationalisation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits et libertés, la création du Défenseur des droits procède effectivement, sinon à un rassemblement de l'ensemble des autorités indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux au sein d'une structure unique¹³⁰⁴, à un regroupement du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Or, ce processus original de regroupement d'autorités déjà existantes ne s'est pas fait sans mal. Confronté à de nombreuses réserves au sujet de l'opportunité des regroupements avancés, le législateur a ressenti le besoin de privilégier la voie du compromis en s'efforçant de préserver la visibilité des diverses autorités regroupées¹³⁰⁵. Il s'ensuit que le nouveau Défenseur oscille sur de nombreux points « *entre unité et diversité* »¹³⁰⁶.

456. D'autre part, l'institution française pâtit d'insuffisances évidentes par rapport à l'ombudsman ibérique. Conçu à l'origine comme une copie conforme du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* par le Comité Balladur¹³⁰⁷, le Défenseur des droits, au fur et à mesure de son élaboration, s'est, en effet, quelque peu éloigné de ce modèle de référence. De toute évidence, il faut voir là une conséquence immédiate de la rupture du lien traditionnel, à laquelle procède l'institution française, entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit¹³⁰⁸. Comme l'écrit très justement le professeur Catherine Teitgen-Colly, « *alors que les considérations politiques ont été déterminantes de l'institution d'un défenseur du peuple en Espagne – il s'agissait alors de créer un véritable instrument de défense des droits pour faire de l'Espagne un Etat de droit au sortir de la dictature franquiste –, ces considérations, pour n'avoir pas été ignorées en France, n'ont pas été exclusives* »¹³⁰⁹. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la création du Défenseur des droits ait fait l'objet d'une attention sensiblement moins importante de la part du constituant et du législateur que ses homologues espagnols et portugais¹³¹⁰. Initialement appréhendés comme des pièces maîtresses du processus de transition vers la démocratie, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*

¹³⁰⁴ Tel qu'il a été mis en avant précédemment, le Comité Balladur envisageait, en effet, une substitution du Défenseur des droits fondamentaux à l'ensemble des autorités administratives indépendantes qui œuvrant dans le champ de la protection des libertés.

¹³⁰⁵ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 917. Dans le même sens, v. J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *R.F.A.P.*, 2011, pp. 441 et ss.

¹³⁰⁶ F. Aumond, *op. cit.*, p. 918.

¹³⁰⁷ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, *op. cit.*, proposition n° 76, p. 93.

¹³⁰⁸ Sur ce point, v. l'annexe 1.

¹³⁰⁹ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

¹³¹⁰ Le renvoi quasi systématique à la loi organique par l'article 71-1 de la Constitution en est d'ailleurs une illustration éclatante. Pas moins de cinq renvois, « *pour des questions aussi essentielles que celles concernant son domaine d'intervention, les conditions de sa saisine, ses attributions et ses modalités d'intervention, l'assistance possible d'un collègue, enfin les incompatibilités qui s'appliquent à cette fonction* » (C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, p. 125), sont effectivement indentifiables.

se devaient effectivement de satisfaire aux conditions essentielles à l'effectivité de leur fonction de protection des droits fondamentaux.

457. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que l'institution française n'est pas adaptée à la protection des droits fondamentaux. Sauf à dépasser la typologie actuellement existante et à qualifier l'institution française d'ombudsman hybride, tels que l'envisagent certains auteurs¹³¹¹, le Défenseur des droits, malgré des imperfections indéniables, se rapproche dans une importante mesure du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, ne saurait-ce qu'au regard de sa fonction privilégiée de protection des droits et libertés. Par conséquent et sous couvert de ces quelques précisions, il apparaît possible d'affirmer que l'ombudsman spécialisé, en France comme sur la péninsule ibérique, se présente, de par sa fonction (Section 1), son statut (Section 2) et ses modalités d'intervention (Section 3), comme une institution spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux.

Section 1 – Une fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux

458. Si l'ombudsman poursuit nécessairement une mission de protection de l'individu contre la puissance publique, et ce quelque soit le modèle considéré, dans le cadre de l'ombudsman spécialisé une telle mission prend une dimension particulière dans la mesure où elle s'exprime essentiellement sur le terrain des droits fondamentaux. Se démarquant ainsi du modèle originel de l'ombudsman (§ 1), l'*human rights ombudsman*, en France comme sur la péninsule ibérique, peut se prévaloir en la matière d'une compétence particulièrement large (§ 2).

§ 1. Une fonction sensiblement différente du modèle classique de l'ombudsman

459. S'inscrivant dans une logique de consolidation du système institutionnel de garantie des libertés, l'ombudsman spécialisé se distingue de son homologue scandinave en raison de sa fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine. A une conception traditionnelle de l'institution rigoureusement administrative, essentiellement orientée vers la surveillance de l'appareil administratif, aux fins de résolution des hypothèses de « maladministration » (A), se substitue ainsi une conception renouvelée mettant plus particulièrement l'accent sur la protection des droits fondamentaux (B). Etant entendu que, si la finalité du contrôle diverge sensiblement d'un modèle à l'autre, l'objet contrôlé, à savoir l'action de l'administration, demeure, en revanche, identique.

¹³¹¹ C'est notamment le cas de Rhita Bousta qui, après avoir constaté, d'une part, la persistance d'une filiation entre le Défenseur des droits et le pouvoir exécutif, liée au mode de nomination du Défenseur, d'autre part, l'attribution d'une fonction principale de protection des droits et libertés à la nouvelle institution française, propose d'assimiler le Défenseur des droits, sinon à un *Human right ombudsman*, à un ombudsman hybride (« Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », in *VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n°6, Mutations - aspects institutionnels nationaux*, A.F.D.C., Nancy, juin 2011, p. 16, [en ligne]. Disponible sur [www.droitconstitutionnel.org]).

A. Une fonction originelle de résolution des hypothèses de « maladministration »

460. Revêtu, de manière plus ou moins explicite, d'une mission principale de surveillance de l'activité administrative en vue de prévenir ou de corriger les éventuels dysfonctionnements susceptibles d'affecter cette dernière, le modèle classique de l'ombudsman entretient, en dépit du caractère pour le moins équivoque du concept de « maladministration » (1), un rapport on ne peut plus étroit avec cette pathologie affectant l'action de l'appareil administratif étatique (2).

1. L'ambiguïté de la notion de « maladministration »

461. L'apparition de la notion de « maladministration », ou « mésadministration »¹³¹², est relativement récente puisqu'elle a pour berceau la Grande-Bretagne des années 1960¹³¹³. En effet, c'est à l'occasion de la mise en place, par la loi du 22 mars 1967¹³¹⁴, du Commissaire parlementaire pour l'administration britannique que la notion voit le jour pour la première fois en droit positif¹³¹⁵. Toutefois, si l'expression n'est apparue que récemment, il semble possible d'affirmer, avec Michel Le Clainche et Céline Wiener, que le thème de la « maladministration » est, sans doute, au moins aussi ancien que l'administration elle-même¹³¹⁶. C'est ainsi que, dès avant la Révolution française de 1789, se trouvent fermement dénoncés les effets pervers impliqués par le mouvement de bureaucratisation de l'appareil administratif étatique¹³¹⁷ : « *Le ministère, s'exclam[e] Saint-Just, est un monde de papier... Les bureaux ont remplacé le monarchisme : le démon d'écrire nous fait la guerre, et l'on ne gouverne pas* »¹³¹⁸. Dans un sens similaire, le mouvement littéraire réaliste du XIX^{ème} siècle se montre particulièrement sévère à l'adresse des dysfonctionnements affectant l'administration publique. En témoigne le roman *Les employés*¹³¹⁹, véritable pamphlet à l'encontre des méfaits du phénomène bureaucratique sous la Restauration ou, encore,

¹³¹² A.-S. Mescheriakoff, « La place du médiateur dans les institutions françaises : un bilan de dix ans d'existence », *R.F.A.P.*, 1983, p. 533.

¹³¹³ En ce sens, v. N. Marty, *La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, *op. cit.*, p. 121.

¹³¹⁴ *The PCA Act*, *op. cit.*

¹³¹⁵ R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.*, p. 120.

¹³¹⁶ M. le Clainche et C. Wiener, « Du fatalisme au volontarisme », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 82.

¹³¹⁷ Le concept de bureaucratie, étymologiquement « système dans lequel les bureaux exercent un certain pouvoir » (A. Sauvy, *Bureaux et bureaucratie*, P.U.F., Paris, 3^{ème} éd., 1967, p. 6), a été défini pour la première fois par Max Weber à travers son essai sociologique *Economie et société*, paru à titre posthume en 1921 (*Economie et société. I. Les catégories de la sociologie*, Agora, Les classiques, Paris, 2003, pp. 290-301). Le sociologue allemand appréhende cette forme d'organisation sociale, qui s'affirme non seulement dans l'administration étatique, mais également dans les églises, les partis politiques, les grandes entreprises, comme un idéal-type se distinguant « [...] par un certain nombre de traits dont l'impersonnalité des fonctions, l'universalisme des règles, la hiérarchie de l'autorité et la compétence professionnelle spécialisée » (F. Dupuy, J.-C. Thoening, *Sociologie de l'administration française*, Armand Colin, Paris, 1983, p. 60). Succédant au modèle organisationnel de type centrifuge, caractérisé par la grande latitude d'action des éléments constitutifs, la bureaucratisation renvoie à l'autorité rationnelle légale chez Weber et implique, pour sa part, une forte hiérarchisation et centralisation (J. Chevallier et D. Lochak, *La science administrative*, Que sais je ?, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1980, p. 71).

¹³¹⁸ P. Legendre, *Histoire de l'Administration*, P.U.F., Paris, 1968, p. 527.

¹³¹⁹ H. de Balzac, *Les employés ou la femme supérieure*, Furne, 1844.

l'ouvrage *Le château*¹³²⁰, traduisant la phobie kafkaïenne de la bureaucratie administrative à travers la mise en scène d'un arpenteur noyé dans les méandres de l'administration lors de son arrivée au sein d'un village isolé. Sans oublier la sociologie des organisations qui n'a pas ménagé ses critiques à l'égard d'une administration étatique opprimant avec ténacité le citoyen et ne parvenant pas toujours à corriger ses erreurs¹³²¹. A la vision idyllique wébérienne d'une supériorité absolue du modèle bureaucratique en matière d'efficacité se substitue un discours beaucoup plus sévère à l'égard de ce mode d'organisation sociale, dont Michel Crozier se présente comme le principal protagoniste¹³²².

462. Identifié depuis plusieurs siècles, source de critiques récurrentes, le phénomène de la « maladministration » n'en demeure pas moins délicat à appréhender. Car, si l'on comprend bien la connotation négative dont est porteuse l'expression, en tant qu'elle renvoie à un comportement de l'administration préjudiciable aux intérêts de ses usagers, il s'avère particulièrement délicat d'en cerner les contours avec exactitude¹³²³. Susceptible de faire référence à tout et son contraire¹³²⁴, cette notion est généralement « *moins définie qu'illustrée par des histoires vécues ou des typologies* »¹³²⁵. En atteste la proposition formulée par le ministre britannique Richard Crossman, à l'occasion des débats parlementaires relatifs à la mise en place du Commissaire parlementaire pour l'administration, consistant à appréhender la « maladministration » par une liste de mots. Communément appelée « catalogue Crossman », cette liste, jouissant d'une autorité « *quasi-canonique* »¹³²⁶, assimile la « maladministration » aux hypothèses de « *partialité, négligence, inattention, délais, incompetence, inaptitude, perversité, turpitude, arbitraire, etc...* »¹³²⁷. En somme, un « *assez vaste no man's land de brimades, de mauvaise volonté, d'injustice par abstention ou omission [...]* »¹³²⁸. Néanmoins, une telle approche de la notion, reposant sur un inventaire des dysfonctionnements affectant l'activité administrative, n'est pas très satisfaisante étant donné

¹³²⁰ F. Kafka, *Le château*, Kurt Wolff Verlag, 1926.

¹³²¹ P. Sabourin, « Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'administration », *D.* 1978, p. 61.

¹³²² Le sociologue français entrevoit effectivement dans la bureaucratie un « *système d'organisation dans lequel le circuit erreurs-informations-corrections fonctionne mal et où il ne peut y avoir, de ce fait, correction et réadaptation rapide des programmes d'action en fonction des erreurs commises* » (*Le phénomène bureaucratique*, Éditions du Seuil, 1963, p. 229).

¹³²³ Sur ce point, v. P. Sabourin, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.D.A.*, 1974, p. 407.

¹³²⁴ Michel le Clainche et Céline Wiener affirment en ce sens que la « maladministration » peut, « *selon les circonstances, consister aussi bien en une caractéristique donnée de l'action administrative qu'en la caractéristique inverse. Elle s'identifie en certains cas à la sur-administration, si l'on considère celle-ci comme un excès de formalisme et de bureaucratie, mais elle résulte pareillement de la sous-administration, dans la mesure où certaines fonctions essentielles à la vie individuelle ou collective ne sont pas remplies de manière satisfaisante. Elle naît de toute atteinte au principe de l'égal traitement des usagers, mais également du manque d'attention prêté aux particularités des différents cas d'espèce. Elle peut découler d'une trop grande lenteur dans l'examen des dossiers comme d'une précipitation préjudiciable à la qualité des décisions* » (« Du fatalisme au volontarisme », *op. cit.*, p. 81).

¹³²⁵ M. le Clainche, « La maladministration. Avant-propos », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 5.

¹³²⁶ G. Langrod, « Le commissaire parlementaire pour l'administration en Grande-Bretagne et la lutte contre la maladministration », *R.A.*, 1979, p. 80.

¹³²⁷ HC Debs., col. 51, 18 oct. 1966, cité par N. Marty, *La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, *op. cit.*, p. 121.

¹³²⁸ R. Lindon et D. Amson, « Le protecteur du citoyen (suite) », *J.C.P. G.*, 1972, tome I, 2453.

que le catalogue qui en résulte présente le risque, d'une part, de demeurer incomplet¹³²⁹, d'autre part, de différer sensiblement d'un auteur à l'autre¹³³⁰. C'est pourquoi il est préférable de se livrer à un effort de conceptualisation du phénomène de « maladministration » et de reléguer ses manifestations au rang de simples illustrations.

463. Mais, une fois de plus, les choses se révèlent relativement complexes dans la mesure où, lorsqu'elle est définie, la « maladministration » se trouve non seulement à l'origine d'importantes divergences doctrinales, mais, de surcroît, diffère sensiblement d'un système juridique à l'autre.

464. Ainsi, le pragmatisme britannique¹³³¹, au-delà de sa sensibilité pour une approche énumérative des cas de « maladministration », conduit le législateur à privilégier une approche « négative » de la notion, c'est-à-dire à déterminer ce qui ne relève pas de la « maladministration ». En ce sens, la loi du 22 mars 1967, relative au Commissaire parlementaire pour l'administration, indique que la « maladministration » n'est « *ni une plainte contre une mauvaise politique, car la politique est l'affaire du ministre et non de l'administrateur, ni une plainte contre une décision discrétionnaire légale en elle-même mais mal venue pour le plaignant, ni une plainte contre une mauvaise loi* »¹³³². Par conséquent, ne sauraient être assimilées à des hypothèses de « maladministration » les décisions résultant de choix politiques ou d'opportunité des pouvoirs publics. Cela étant précisé, force est de reconnaître que le législateur britannique s'est bien gardé de déterminer avec précision ce qu'il faut entendre par cette pathologie affectant l'activité de l'administration.

465. En France, au contraire, un effort de conceptualisation de la notion se fait jour. L'étude majeure en la matière demeure celle du professeur Paul Sabourin, consistant à appréhender la « maladministration » comme « *le contraire de la nomocratie* »¹³³³. Pour ce dernier, elle apparaîtrait lorsque se produit une inadéquation de l'action administrative avec la règle de droit, à l'origine d'un fonctionnement défectueux de la démocratie au sein de l'appareil administratif. Ce faisant, un lien étroit est établi par l'auteur entre « maladministration » et illégalité¹³³⁴. Pour autant, les deux notions ne sauraient se confondre, puisque, toujours selon Paul Sabourin, « *l'illégalité cesse d'être du domaine de la "maladministration" dès que le juge s'est emparé de celle-ci* »¹³³⁵. Par conséquent, la « maladministration » désignerait seulement les illégalités dont le juge n'est pas amené à connaître. Séduisante, une telle

¹³²⁹ M. le Clainche et C. Wiener, « Du fatalisme au volontarisme », *op. cit.*, p. 82.

¹³³⁰ Si les hypothèses de « maladministration » ont tendance à se recouper d'un auteur à l'autre, aucun catalogue n'est strictement identique. A titre d'exemple, le catalogue proposé par le Commissaire parlementaire pour l'administration William Reid, lequel renvoie à « *la subjectivité, la négligence, l'inattention, les retards, l'incompétence, la sottise, l'obstination dans l'erreur, la turpitude et l'arbitraire* » (« Le commissaire parlementaire pour l'administration au Royaume-Uni », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64., p. 593), diffère quelque peu du « catalogue Crossman ».

¹³³¹ Sur ce point, v. R. Boust, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.*, p. 121.

¹³³² A. Legrand, « L'ombudsman britannique », *R.D.P.*, 1969, p. 225.

¹³³³ P. Sabourin, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *op. cit.*, p. 397.

¹³³⁴ Paul Sabourin affirme en ce sens : « *Incontestablement, un fait inexact matériellement, une erreur de droit, une qualification inexacte juridiquement d'un fait par rapport au texte d'application constituent autant de sources de maladministration* » (*Ibid.*, p. 403).

¹³³⁵ *Ibid.*

approche est cependant loin de faire l'unanimité. Bernard Malignier, en particulier, considère qu'elle recouvre trop largement l'illégalité¹³³⁶. Aussi préfère-t-il associer la « maladministration » à « *tout comportement qui sans être fondamentalement contraire au droit n'est cependant pas exempt de critiques* »¹³³⁷. A ce titre, il se rapproche de la conception que s'en fait le professeur Antonio la Pèrgola. Pour l'auteur espagnol, la « maladministration » se distingue de l'inopportunité et de l'illégalité pour se rapprocher de l'injuste, de l'irrationnel et de l'inique¹³³⁸.

466. Au regard d'un tel constat, il convient d'admettre que la « maladministration » n'est pas une notion claire et univoque quant à sa définition¹³³⁹. Et ce n'est pas la démarche consistant à en déterminer les contours par opposition au concept de bonne administration¹³⁴⁰ qui permet de clarifier le propos. Car, si certains auteurs estiment que « *l'on ne peut qualifier une certaine pratique de maladministration que par référence, au moins implicite, à un modèle de ce qui serait une bonne administration, lié à la conception du rôle de l'administration* »¹³⁴¹, il n'empêche que, d'une part, les deux notions ne se recoupent pas forcément¹³⁴², d'autre part, la bonne administration, à l'image de la « maladministration », se révèle, la plupart du temps, davantage illustrée que définie. Aussi est-elle appréhendée comme un moyen permettant de regrouper plusieurs principes d'action et de fonctionnement administratifs, généralement dépourvus de lien les uns avec les autres. Le Code européen de bonne conduite administrative, élaboré par le Médiateur européen et adopté par le Parlement européen le 6 septembre 2001¹³⁴³, en est une illustration éclatante. Sa substance, particulièrement hétérogène, se réduit à « *une juxtaposition de cas de mauvaise administration retranscrits en termes positifs* »¹³⁴⁴. Sont ainsi rattachés à la bonne administration des principes aussi divers et variés que la conformité au droit, l'absence de discrimination, la proportionnalité, le droit d'être entendu et de faire des observations ou, encore, l'obligation de motiver les décisions.

¹³³⁶ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1979, p. 86.

¹³³⁷ *Ibid.*

¹³³⁸ A. la Pèrgola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 75.

¹³³⁹ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁴⁰ Sur la notion de bonne administration, le lecteur pourra utilement se reporter à : M. Aroso de Almeida, « O Provedor de Justiça como garante da boa administração », in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, *op. cit.*, p. 11 ; R. Bousta, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.* ; N. Marty, *La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, *op. cit.* ; J. Ponce Solé, *Deber de una buena administración y derecho al procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, coll. Derecho público, Valladolid, 2001 ; M.-C. Runavot, « La "bonne administration" : consolidation d'un droit sous influence européenne », *R.F.D.A.*, 2010, p. 395 ; D. Simon, « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux. Le droit de l'Union européenne en principes*, Apogée, Rennes, 2006, p. 155 ; J. Söderman, « El derecho fundamental a la buena administración », in *El paper dels defensors del poble en un món en transició*, Tribuna parlamentària, Parlament de les Illes Balears, 2001, p. 171.

¹³⁴¹ R.-E. Charlier, « Introduction », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 7.

¹³⁴² Nicolas Marty souligne en ce sens que le concept de « maladministration » ne « *devrait pas, en principe, interagir avec la bonne administration puisqu'il s'agit, d'un point de vue théorique, de deux idées distinctes* » (*La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, *op. cit.*, p. 120).

¹³⁴³ Décision n° A5-0245/2001, D.O. C-72 du 21 mars 2002.

¹³⁴⁴ R. Bousta, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, *op. cit.* p. 133.

467. Toutefois, en dépit des divergences entourant la notion de « maladministration », un élément ne fait guère de doute : cette dernière ne saurait se confondre avec la problématique des droits fondamentaux. En effet, bien que certains dysfonctionnements de l'appareil administratif se révèlent susceptibles de porter atteinte aux droits de la personne humaine, la plupart du temps, la « maladministration » renvoie davantage à des incorrections administratives, sources de désagréments pour les usagers, qu'à de véritables violations des droits et libertés constitutionnellement garantis. Par ailleurs, si l'on devait s'efforcer de dépasser les clivages doctrinaux et nationaux, il conviendrait de retenir une approche relativement large de la « maladministration », comme « *compre[n]ant l'illégalité tout en la dépassant* »¹³⁴⁵, étant donné que cette acception est celle qui se rapproche le plus de la mission poursuivie par le modèle originel de l'ombudsman.

2. La filiation traditionnelle entre ombudsman et « maladministration »

468. Déjà identifiée s'agissant du Commissaire parlementaire pour l'administration britannique¹³⁴⁶ et du Médiateur de la République, la filiation entre la « maladministration » et le modèle originel de l'ombudsman est perceptible dès l'apparition de l'institution en Scandinavie. Evidemment, aucune référence explicite à la « maladministration » n'apparaît à la lecture des différentes dispositions constitutionnelles et législatives scandinaves relatives à l'ombudsman. Trouvant ses origines dans la Grande-Bretagne des années 1970, l'expression est largement inconnue des pays scandinaves lors de la mise en place de l'ombudsman. Mais, si l'expression est inconnue, la pathologie, en revanche, est clairement identifiée¹³⁴⁷. Or, il faut y voir une motivation importante du développement de l'ombudsman en Scandinavie. En effet, répondant à une nécessité urgente de pallier les risques d'abus et d'erreurs liés à la très grande autonomie des administrations publiques scandinaves¹³⁴⁸, la création de cette institution, au début du XIX^{ème} siècle, n'a pas tant pour objet de garantir la protection des droits de la personne humaine que d'assurer une surveillance étroite de l'activité de l'administration et des fonctionnaires afin de remédier ou prévenir les éventuelles violations des dispositions légales et réglementaires¹³⁴⁹.

469. Ainsi, en Suède, le *Justitieombudsman*, dont la mise en place par le constituant de 1809 se révèle étroitement liée à la traditionnelle méfiance suédoise à l'égard de la bureaucratie¹³⁵⁰, est compétent, en vertu de l'article 6 de l'actuelle Constitution du 28 février 1974, pour surveiller la bonne application des lois par les juges et les fonctionnaires et

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 149.

¹³⁴⁶ Pour des études approfondies sur le Commissaire parlementaire pour l'administration, v. not. : A. Legrand, « L'ombudsman britannique », *op. cit.*, p. 2 ; G. Langrod, « Le commissaire parlementaire pour l'administration en Grande-Bretagne et la lutte contre la maladministration », *op. cit.*, p. 80 ; W. Reid, « Le commissaire parlementaire pour l'administration au Royaume-Uni », *op. cit.*, p. 591.

¹³⁴⁷ B. Wennergren, « La maladministration en Suède », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 101.

¹³⁴⁸ En ce sens, v. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 45.

¹³⁴⁹ K. Holmgren, « La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman », *op. cit.*, p. 70.

¹³⁵⁰ A. Legrand, « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *op. cit.*, p. 854.

dénoncer toutes irrégularités ou négligences commises par ces derniers¹³⁵¹. En Finlande, le *Riksdagens Justitieombudsman* s'inscrit dans une perspective similaire. Créé par la loi constitutionnelle de 1919, celui-ci se voit effectivement confier la fonction de veiller à la légalité des actes des autorités publiques et de réceptionner les plaintes des citoyens à l'encontre des décisions administratives et judiciaires les offensant¹³⁵². Quant au Danemark, la Constitution du 5 juin 1953 précise à son article 55 que l'*Ombudsmand* est en charge de la surveillance de l'administration civile et militaire.

470. A l'évidence, le lien avec la « maladministration » est on ne peut plus étroit. En particulier, il est frappant de constater à quel point les missions poursuivies par les *ombudsmen* suédois et finlandais se rapprochent de la définition de la « maladministration » proposée par le professeur Paul Sabourin. Et, si le mouvement de diffusion internationale de l'ombudsman, à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, s'est accompagné de multiples remaniements institutionnels, cette exportation n'a, en revanche, guère bouleversée cette filiation traditionnelle entre l'institution et la problématique de la « maladministration ». Au contraire, le lien s'est fait de plus en plus explicite. On en veut pour preuve, outre le précédent, particulièrement significatif, du Commissaire parlementaire pour l'administration britannique, l'exemple du Médiateur européen¹³⁵³. Mis en place à l'occasion du Traité de Maastricht, ce dernier se trouve effectivement chargé de connaître « *des cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou organismes de l'Union* »¹³⁵⁴.

471. Aussi ne fait-il guère de doutes que, malgré les interrogations entourant le concept de « maladministration », l'institution de l'ombudsman, appréhendée dans sa forme originelle, entretient des rapports particulièrement étroits avec cette notion. Le professeur Donald Rowat lui-même, spécialiste de l'ombudsman, précise que le traitement des plaintes dénonçant une injustice ou une « maladministration » constitue l'un des traits caractéristiques de l'institution¹³⁵⁵. Bien entendu, les modalités d'exercice de cette fonction traditionnelle varient sensiblement d'un ombudsman à l'autre. Tandis que le Commissaire parlementaire pour l'administration britannique voit son domaine d'intervention réduit au strict terrain de la légalité, le *Justitieombudsman* suédois jouit, pour sa part, d'une compétence plus large lui permettant non seulement d'intervenir sur le terrain de la légalité, mais également sur celui de

¹³⁵¹ Dans sa version initiale, prévue par l'article 96 de la Constitution du 6 juin 1809, l'Ombudsman suédois « [...] veille à ce que les juges et les fonctionnaires se conforment aux lois, et, devant les tribunaux compétents, poursuit, selon la procédure légale, ceux qui, dans l'exercice de leurs fonctions, commettent des illégalités, par partialité, égard aux personnes, ou autres motifs, ou qui négligent de remplir convenablement les devoirs de leurs places ».

¹³⁵² En ce sens, v. D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, *op. cit.*, p. 17.

¹³⁵³ Pour des études approfondies sur le Médiateur européen, le lecteur pourra utilement se référer à : C. Blumann, « L'évolution du rôle du Médiateur européen », in A.-M. Tournepiche et J.-P. Marguénaud (Dir), *La médiation : aspects transversaux*, *op. cit.* ; A. Gendreau, « Médiateur européen : un nouveau mode de règlement des conflits », *Bull. euro. et int.*, 1996, n° 5, p. 2 ; R. Gosalbo Bono, « Maastricht et les citoyens : le Médiateur européen », *R.F.A.P.*, 1992, p. 639 ; S. Karagiannis et Y. Petit, *Le Médiateur européen : bilan et perspectives*, Bruylant, 2008 ; A. Pierucci, « Le Médiateur européen », *R.M.C.U.E.*, 1993, p. 818 ; A. Pliakos, « Le médiateur de l'Union européenne », *C.D.E.*, 1994, n° 5-6, p. 563 ; W. Yeng-Seng, « Le médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire », *R.T.D.H.*, 2004, p. 527 .

¹³⁵⁴ Art. 228 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.* n° C 83/47 du 30 mars 2010.

¹³⁵⁵ En ce sens, v. A. Legrand, « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *op. cit.*, p. 853.

l'opportunité¹³⁵⁶. De même, le Médiateur de la République, compétent pour s'assurer du correct fonctionnement des services publics administratifs¹³⁵⁷, est habilité, afin de mener à bien cette mission, à exercer un contrôle relativement poussé des agissements de l'administration, fondé à la fois sur le droit et sur l'équité¹³⁵⁸.

472. Mais, quel que soit l'ombudsman considéré, c'est toujours de la problématique de la « maladministration » dont il s'agit. En somme, l'institution, entendue dans son acception traditionnelle, a pour finalité « [...] *d'améliorer les relations entre l'Etat et les citoyens, de réduire l'hostilité entre les fonctionnaires et les usagers, de rectifier les déficiences et les irrégularités administratives et de faire en sorte que les fonctionnaires se montrent plus sensibles aux besoins du peuple et respectueux des normes établies* »¹³⁵⁹. Il s'ensuit que son domaine d'intervention est largement étranger à la problématique des droits fondamentaux. Deux facteurs conduisent néanmoins à nuancer le propos.

473. *Primo*, et comme il a déjà été souligné, certains cas de « maladministration » sont susceptibles d'avoir des répercussions sur les droits et libertés des individus. Partant, quand bien même l'ombudsman serait exclusivement appréhendé comme un moyen de surveillance du bon fonctionnement de l'activité administrative, celui-ci est inévitablement conduit à connaître de la problématique des droits de la personne humaine¹³⁶⁰.

474. *Secundo*, et surtout, certains pays, notamment scandinaves, ont entendu confier à l'ombudsman, en parallèle à sa fonction principale de surveillance de l'administration aux fins de résolution des hypothèses de « maladministration », une compétence secondaire de protection des droits et libertés. C'est par exemple le cas de la Suède, où la section 3 du *Justitieombudsman instruktionen*¹³⁶¹ prévoit que l'Ombudsman surveille l'absence de violations des droits et libertés des citoyens dans le cadre des procédures mises en œuvre par l'administration publique¹³⁶² ou, encore, du Danemark, où la loi d'instruction du 22 mai 1956,

¹³⁵⁶ En ce sens, v. B. Wennergren, « La maladministration en Suède », *op. cit.*, p. 101

¹³⁵⁷ Selon l'ancien Médiateur de la République Paul Legatte, le bon fonctionnement s'apprécie « *en termes d'efficacité, c'est-à-dire en fonction des résultats obtenus par rapport aux objectifs fixés au service public et en terme d'efficience, c'est-à-dire en tenant compte de la meilleure utilisation possible des moyens dont dispose le service* » (« Le Médiateur de la République. Situation actuelle », *R.A.*, 1986, p. 434).

¹³⁵⁸ Initialement, cette compétence de résolution des litiges sur le terrain de l'équité n'était pas prévue par la loi du 3 janvier 1973 relative à la création du Médiateur de la République. Elle sera consacrée quelques années plus tard par l'article 3 de la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 portant modification de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 (*J.O.* du 28 décembre 1976, p. 7493).

¹³⁵⁹ G.E. Caiden, *To Right Wrong : the initial ombudsman experience in Israël*, Tel Aviv, 1980, p. 6.

¹³⁶⁰ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular, op. cit.*, pp. 86 et 88.

¹³⁶¹ Littéralement : Loi d'instruction de l'Ombudsman. En suède et, plus largement, en Scandinavie, ce texte adopté par le Parlement a pour fonction de déterminer et de préciser le cadre dans lequel l'ombudsman doit exercer son activité (pour une approche détaillée, v. A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration, op. cit.*, pp. 51 et ss.).

¹³⁶² Sur ce point, v. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 268 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular, op. cit.*, p. 72.

modifiée en 1962, confiée à l'*Ombudsmand* la mission de défendre les droits des citoyens face à l'administration¹³⁶³.

475. Mais de telles compétences de protection des droits de la personne humaine ne sont que secondaires dans la mesure où, d'une part, elles se trouvent mentionnées par une norme de rang inférieur à la Constitution, d'autre part, au sein de cette norme, elles apparaissent après le rappel de la fonction principale de surveillance de l'activité de l'administration *stricto sensu*¹³⁶⁴. Sans compter que, en Suède, le choix opéré par le constituant d'inscrire l'institution de l'ombudsman au sein du chapitre XII de la norme fondamentale, relatif aux pouvoirs de contrôle, et non au sein du chapitre II, consacré aux libertés et droits fondamentaux, étaye l'affirmation selon laquelle la fonction première du *Justitieombudsman* ne saurait être rattachée à la protection des droits fondamentaux ; l'*human rights ombudsman* étant généralement consacré parmi les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de la personne humaine.

476. En revanche, il convient de mentionner que, depuis quelque temps, le *Riksdagens Justitieombudsman* finlandais se démarque de ses voisins suédois et danois. Confronté de façon récurrente à des problématiques impliquant directement les droits et libertés¹³⁶⁵, ce dernier s'est effectivement vu confier par le constituant finlandais une compétence officielle en matière de protection des droits fondamentaux. Ce renouvellement de la mission du *Riksdagens Justitieombudsman*, discuté depuis le début des années 1990¹³⁶⁶, a pris forme le 1^{er} mars 2000, à l'occasion de l'adoption de la nouvelle loi constitutionnelle finlandaise. Désormais, aux termes de l'article 109 de la Constitution, l'Ombudsman finlandais doit veiller, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, non seulement au respect de la loi par les fonctionnaires et employés du secteur public, mais également au respect des droits fondamentaux. Ce faisant, sa mission se rapproche définitivement de celle du modèle ibérique et, désormais, français, de l'*human rights ombudsman*.

B. Une fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux

477. Initialement appréhendé par l'Espagne et le Portugal comme un instrument au service de la transition démocratique, répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie des droits et libertés, la mise en place de l'ombudsman sur la péninsule ibérique et en France se traduit par l'attribution d'une fonction renouvelée de défense des droits fondamentaux à l'institution. Certes, sur le plan fonctionnel, l'ombudsman spécialisé ne rompt pas totalement avec le modèle classique de l'ombudsman. Tandis que l'institution, entendue dans sa forme originelle, est amenée à connaître, de façon plus ou moins prononcée selon le pays considéré, de problématiques liées aux droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman* conserve une compétence de surveillance des dysfonctionnements de l'appareil administratif étatique. Toutefois, cette compétence se trouve instrumentalisée au

¹³⁶³ En ce sens, v. V. Fairén Guillén, *op. cit.*, p. 269.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, p. 268.

¹³⁶⁵ J. Söderman, « Les missions de l'ombudsman finlandais », *op. cit.*, p. 588.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

service d'une fonction privilégiée de protection des droits de la personne humaine. Impulsé par la péninsule ibérique (1), ce renouvellement de la fonction de l'ombudsman, poursuivi quelques années plus tard par la plupart des pays d'Amérique latine et d'Europe de l'est¹³⁶⁷, se trouve désormais réceptionné par la France (2).

1. Un renouvellement impulsé par la péninsule ibérique

478. Pays précurseurs du mouvement de spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux¹³⁶⁸, le Portugal et l'Espagne n'en abordent pas moins, d'un point de vue strictement formel, cette fonction renouvelée de l'institution d'une façon sensiblement différente. Explicitement affirmée par la Constitution espagnole (2), celle-ci n'apparaît pas clairement à la seule lecture du texte constitutionnel portugais (1).

a. Un renouvellement imperceptible à la seule lecture de la Constitution portugaise

479. Fortement revendiqué par le milieu des avocats, la mise en place d'une institution inspirée du modèle scandinave de l'ombudsman, dont la compétence privilégiée ne résiderait non plus dans la surveillance de l'activité de l'administration aux fins de résolution des hypothèses de « maladministration », mais dans la garantie des droits de la personne humaine, est envisagée par le Portugal dès avant la chute du régime autoritaire de Marcello Caetano. Ainsi, le Dr. José Magalhães Godinho, futur *Provedor de Justiça*¹³⁶⁹, préconise en 1971 l'élaboration d'un Conseil national pour la défense des droits¹³⁷⁰. Soutenu dans sa démarche par d'autres avocats, tels que le Dr. Mário Raposo et le Dr. Vasca da Gama Fernandes¹³⁷¹, cette proposition se trouve rapidement réceptionnée par les dirigeants portugais qui pressentent à leur tour la nécessité de consacrer une autorité non juridictionnelle spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux. Élément central du rapport général des Commissions de réforme judiciaire¹³⁷², la mise en place d'une telle institution devient effectivement une priorité du gouvernement provisoire du nouveau régime démocratique qui approuve, le 20 septembre 1974, le plan d'action du ministre de la justice prévoyant la création du *Provedor de Justiça*. Celui-ci est finalement consacré par le décret-loi du 21 avril

¹³⁶⁷ Pour une approche globale de cette question, v. not. : A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo, op. cit.*, pp. 37 et ss. ; C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, pp. 72 et ss. Pour des études plus précises, v. par ex. : F. Arocha Hernandez, « Le "Fiscal general de la República" au Venezuela », *R.F.A.P.*, 1992, p. 681 ; E. Letowska, « L'ombudsman polonais et la défense des droits civiques », *R.F.A.P.*, 1992, p. 667 ; L. Villalba Benítez, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2003. En outre, le lecteur est également invité à se reporter à l'annexe 1.

¹³⁶⁸ En ce sens, v. par ex. : H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁶⁹ Le Dr José Magalhães Godinho a occupé la fonction de *Provedor de Justiça* de 1976 à 1981.

¹³⁷⁰ J. Magalhães, *Direitos, Libertades e Garantias Individuais*, Col. « Que País ? », 2^e éd., 1971, p. 180.

¹³⁷¹ Ce dernier propose notamment, à l'occasion du 3^{ème} Congrès de l'Opposition Démocratique, tenu à Aveiro en avril 1973, de créer un ombudsman lorsque les libertés seront rétablies au Portugal (sur ce point, v. *Relatório do Provedor de Justiça 1976*, Provedoria de Justiça, p. 7, [en ligne]. Disponible sur [www.provedor-jus.pt]).

¹³⁷² Instaurées par le décret-loi n° 261-74 du 18 juin 1974, les Commissions de réforme judiciaire préconisent, en effet, la création d'un organe de contrôle de l'Administration sans pouvoir décisionnaire, indépendant de l'exécutif et élu par le Parlement, répondant à l'appellation de *Provedor de Justiça* (en ce sens, v. : L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 7).

1975¹³⁷³, dont l'exposé des motifs reflète très clairement le renouvellement de l'institution en mécanisme de protection des droits fondamentaux : « *le Provedor de Justiça sera un garant des droits et libertés des citoyens et un facteur décisif d'une véritable et authentique démocratisation de la vie nationale* »¹³⁷⁴.

480. Pourtant, la constitutionnalisation de l'institution, quelques mois plus tard, fait naître un doute au sujet de la portée exacte de sa mission. Se distinguant par l'absence de toute mention à une quelconque fonction de protection des droits fondamentaux, le texte de référence, à savoir l'article 23 de la Constitution¹³⁷⁵, ne permet pas de déceler clairement l'intention du constituant. A s'en tenir à la lettre de la Constitution, le lien avec le modèle classique de l'ombudsman apparaît même assez troublant : « *Les citoyens peuvent présenter des réclamations au Provedor de Justiça en raison des actions ou des omissions des pouvoirs publics. Celui-ci n'aura pas de pouvoir de décision, mais il examinera les réclamations et adressera aux organes compétents les recommandations nécessaires pour prévenir et réparer les injustices [...]* ». Aussi est-il possible de se demander si, en définitive, le constituant portugais n'a pas entendu attribuer au *Provedor de Justiça* une simple fonction de surveillance des dysfonctionnements de l'activité de l'administration, relativement similaire à celle de l'ombudsman scandinave. Et ce d'autant plus que les débats constituants relatifs à la mission poursuivie par l'institution nouvellement mise en place se sont distingués par une absence notable de consensus ; aux défenseurs d'un *human rights ombudsman*, en tête desquels le Parti socialiste, s'opposant les partisans d'un ombudsman de type classique, principalement représentés par le Parti populaire démocratique et le Centre démocratique et social¹³⁷⁶.

481. En réalité, si d'un point de vue strictement textuel l'Ombudsman portugais semble effectivement se cantonner à une mission de surveillance des dysfonctionnements affectant l'activité de l'administration, le dépassement de la lettre de l'article 23 de la Constitution permet de déceler une filiation indéniable entre le *Provedor de Justiça* et la protection des droits fondamentaux. Expressément rappelée par José Magalhães Godinho à travers le premier Rapport du *Provedor de Justiça* pour l'année 1976¹³⁷⁷, cette filiation se trouve révélée à l'aune de trois éléments.

482. Sans anticiper sur les développements à venir, il convient tout d'abord de constater que certaines attributions du *Provedor de Justiça*, largement étrangères au modèle originel de l'ombudsman, ne sauraient véritablement s'expliquer en dehors d'une volonté du constituant

¹³⁷³ Décret-loi n° 212-75 du 21 avril 1975, *op. cit.*.

¹³⁷⁴ Cité par R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 113.

¹³⁷⁵ Dans la version initiale de la Constitution, le *Provedor de Justiça* était consacré à l'article 24. Son inscription au sein de l'article 23 résulte de la première révision constitutionnelle en date du 30 septembre 1982 (loi constitutionnelle n° 1-82 du 30 septembre 1982, *op. cit.*).

¹³⁷⁶ Sur ce point v. : F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, pp. 17-18 ; T. Duarte, « O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 2008, p. 83 ; M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁷⁷ *Relatório do Provedor de Justiça 1976*, *op. cit.*, p. 13.

de permettre à l'institution de garantir l'effectivité des droits fondamentaux. C'est notamment le cas de ses prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel¹³⁷⁸, lesquelles, prévues par les articles 281 et 283 de la Constitution, permettent au *Provedor de Justiça* d'entretenir une collaboration étroite avec le juge de la constitutionnalité, gardien privilégié des droits fondamentaux.

483. Ensuite, et surtout, la doctrine portugaise la plus avisée est unanime pour affirmer que si la mission de protection des droits et libertés n'est pas expressément prévue par la lettre de la Constitution, la consécration de l'institution au sein de la première partie de la norme fondamentale, relative aux droits et devoirs fondamentaux et à leurs modalités de protection, ne laisse planer aucun doute quant à sa fonction principale d'organe de garantie des droits de la personne humaine¹³⁷⁹. Comme le souligne Catarina Sampaio Ventura, prenant place parmi les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés, le *Provedor de Justiça* se distingue inévitablement au regard de sa dimension structurante du système des droits fondamentaux imprégnant l'ensemble de l'ordonnement juridique portugais¹³⁸⁰.

484. Enfin, le statut du *Provedor de Justiça*¹³⁸¹ explicite le sens de la fonction consacrée par le texte constitutionnel à l'institution¹³⁸² en affirmant à son article 1-1 : « *Le Provedor de Justiça constitue, aux termes de la Constitution, un organe de l'Etat élu par l'Assemblée de la République, dont la fonction principale est la défense et la promotion des droits, libertés, garanties et intérêts légitimes des citoyens, assurant, par le biais de moyens informels, la justice et la légalité de l'action des pouvoirs publics* ».

485. Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que le *Provedor de Justiça*, en dépit du mutisme du texte constitutionnel, se présente comme un organe spécialement conçu pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux. Invisible à la seule lecture de l'article 23 de la Constitution portugaise, la filiation entre le *Provedor de Justiça* et la protection des droits fondamentaux se révèle au détour d'un travail herméneutique d'interprétation du texte constitutionnel, pour apparaître explicitement au sein du statut du *Provedor de Justiça*. De sorte que, en définitive, c'est bien une fonction principale de protection des droits et libertés dont l'Ombudsman portugais a la charge ; la surveillance de l'activité administrative étant instrumentalisée au service de cette fonction renouvelée de défense des droits de la personne

¹³⁷⁸ En ce sens, v. H. Nascimento Rodrigues, « Nota de apresentação », in M. Eduarda Ferraz, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷⁹ En ce sens, v. not. : J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 440 ; J. Miranda, « A inconstitucionalidade por omissão e o Provedor de Justiça », in *Sessão comemorativa, na Assembleia da República, em 30 de novembro de 1995, Provedor de Justiça – 20º aniversário 1975-1995*, Provedoria de Justiça, 1996, p. 49 ; « O Provedor de Justiça: Garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função? », *op. cit.*, p. 44 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, pp. 122-123 ; J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 58.

¹³⁸⁰ C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 122.

¹³⁸¹ Initialement prévu par la loi du 22 novembre 1977 (loi n° 81-77, *D.R. Série I* du 22 novembre 1977, p. 2779) le statut du *Provedor de Justiça* est désormais organisé par la loi du 9 avril 1991 (loi n° 9-91, *D.R. Série I* du 9 avril 1991, p. 1868), modifiée à trois reprises par la loi du 14 août 1996 (loi n° 30-96, *D.R. série I* du 14 août 1996, p. 2514), celle du 10 octobre 2005 (loi n° 52-A-2005, *D.R. Série I-A* du 10 octobre 2005, p. 5970) et celle du 18 février 2013 (loi n° 17-2013, *D.R. Série I* du 18 février 2013, p. 979).

¹³⁸² C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 125.

humaine¹³⁸³. En cela, l'Ombudsman portugais se rapproche de son homologue espagnol, même si l'affirmation de la fonction de protection des droits fondamentaux confiée à ce dernier se veut plus explicite.

b. Un renouvellement explicitement consacré par l'article 54 de la Constitution espagnole

486. A l'origine de vives discussions lors des débats constitutants, la teneur exacte de la fonction attribuée au Défenseur du Peuple fait l'objet de nombreux rebondissements à l'occasion du processus d'élaboration de la Constitution espagnole de 1978¹³⁸⁴. Sur la base d'un avant-projet de Constitution prévoyant une fonction unique de protection des droits et libertés garantis par le titre premier du texte constitutionnel¹³⁸⁵, un certain nombre d'amendements sont effectivement déposés afin d'élargir la compétence de l'institution à la surveillance du correct fonctionnement de l'activité administrative *stricto sensu*¹³⁸⁶. Acceptés par la Commission constitutionnelle, ces amendements donnent lieu à la rédaction d'un nouvel article, inséré au Projet de Constitution, attribuant au Défenseur du Peuple une double fonction, d'une part, de protection des droits fondamentaux garantis par le titre premier de la Constitution, d'autre part, de surveillance de l'activité de l'administration afin de garantir l'effectivité des principes de l'Etat de droit¹³⁸⁷. Mais, finalement, la rédaction donnée à l'article 54 de la Constitution par la commission mixte, dont la teneur littérale ne laisse place à aucun doute, abandonne cette conception dualiste au profit d'une vision fonctionnelle moniste, postulant que le Défenseur du Peuple est appelé à remplir une fonction unique de défense des droits fondamentaux.

¹³⁸³ L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 708.

¹³⁸⁴ Pour une approche approfondie des débats constitutants relatifs à la fonction du Défenseur du Peuple, le lecteur pourra utilement se référer à : A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 40 et ss. ; Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 28 et ss. ; M.L. Cava de Llano y Carrió, « Artículo 1 », *op. cit.*, pp. 67-69 ; R. Pellon Rivero, *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1^{ère} éd., 1981, pp. 42 et ss.

¹³⁸⁵ « Une loi organique règle l'institution du Défenseur du Peuple comme haut commissaire des Cortès Générales pour la défense des droits inclus dans le présent titre [...] » (art. 46 de l'avant-projet de Constitution, B.O.C. du 5 janvier 1978).

¹³⁸⁶ C'est par exemple le cas de l'amendement n° 391, déposé par le Groupe socialiste du Congrès, selon lequel « Une loi organique règle l'institution du Défenseur du peuple comme haut commissaire des Cortès Générales, désigné par celles-ci pour défendre les droits inclus dans le présent titre et s'assurer du respect par l'administration publique des règles régissant son fonctionnement ». Ou, encore, de l'amendement n° 779, proposé par le Groupe parlementaire de l'Union du centre démocratique consistant à attribuer au Défenseur du Peuple, outre sa fonction de protection des droits fondamentaux, une compétence pour adresser des recommandations aux organes administratifs afin de prévenir ou réparer les injustices (rapporté par R. Pellon Rivero, *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 45-46).

¹³⁸⁷ L'article 49-1 du Projet de Constitution dispose effectivement : « 1. Une loi organique règle l'institution du Défenseur du Peuple comme haut commissaire des Cortès Générales, désigné par celles-ci pour la défense des droits inclus dans le présent titre. 2. Le Défenseur du Peuple veille également au respect des principes de l'Etat de droit par les pouvoirs publics, supervisant à cet effet l'activité de l'Administration et rendant compte aux Cortès Générales » (Projet de Constitution, B.O.C. du 17 avril 1978).

487. Consacré parmi les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux¹³⁸⁸, l'article 54 précise ainsi : « *Une loi organique règle l'institution du Défenseur du Peuple comme haut commissaire des Cortès Générales, désigné par celles-ci pour la défense des droits inclus dans le présent titre. Chargé à cet effet de contrôler l'activité de l'administration, il en rendra compte devant les Cortès Générales* ». Aussi le Défenseur du Peuple, à l'image de son homologue portugais, rompt avec le schéma de l'ombudsman traditionnel principalement destiné à surveiller l'activité de l'administration¹³⁸⁹. Car, bien que maintenue, la fonction de surveillance de l'appareil administratif étatique se trouve instrumentalisée au profit d'une mission supérieure de protection des droits fondamentaux¹³⁹⁰. Il en résulte que si le Défenseur du Peuple « *peut contrôler l'administration, cet objectif n'est pas essentiel et s'intègre dans sa mission principale de défense des droits et libertés* »¹³⁹¹. En somme, la mission de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis prend le pas sur la traditionnelle fonction de surveillance de l'administration et c'est exclusivement afin de mener à bien cette mission que le Défenseur du Peuple peut contrôler l'activité des services administratifs¹³⁹².

488. Cette fonction exclusive de protection des droits fondamentaux attribuée à l'Ombudsman espagnol, incontestable à la lecture du texte constitutionnel, se trouve néanmoins obscurcie par la loi organique du Défenseur du Peuple. En effet, tandis que son article premier reproduit les termes de l'article 54 de la Constitution, son article 9-1, en revanche, dispose : « *le Défenseur du Peuple a la possibilité d'effectuer, d'office ou à la demande d'une partie, toute enquête visant l'éclaircissement des actes et ordonnances de l'Administration publique et de ses agents, concernant les citoyens, à la lumière des dispositions de l'article 103-1 de la Constitution et des droits proclamés dans son titre I* »¹³⁹³. Or, dans la mesure où l'article 103-1 n'intéresse pas directement la problématique des droits fondamentaux, mais renvoie à un ensemble de principes relatifs au concept de bonne administration¹³⁹⁴, il semble que l'article 9-1 autorise, contrairement à ce que prescrit le texte constitutionnel, une possible déconnexion de la fonction de surveillance de l'administration de celle de protection des droits fondamentaux. En d'autres termes, l'article 9-1 attribuerait au Défenseur du Peuple, en parallèle à sa fonction constitutionnelle de surveillance de l'administration aux fins de garantir la défense des droits fondamentaux, une compétence

¹³⁸⁸ Le Défenseur du Peuple est prévu par le Titre premier de la Constitution espagnole, relatif aux droits et devoirs fondamentaux, au sein d'un Chapitre IV consacré aux garanties des libertés et des droits fondamentaux.

¹³⁸⁹ M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., p. 59 ; A. Pérez Calvo, « Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la ley organica 3-1981 de 6 de abril », *Revista de derecho político*, 1981, n° 11, p. 71.

¹³⁹⁰ En ce sens, v. : R. Boustia, « Contribution à une définition de l'ombudsman », op. cit., p. 390 ; A. Pérez Calvo, op. cit., p. 71 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, op. cit., pp. 59 et 65.

¹³⁹¹ A. Pérez Calvo, « Artículo 54. El Defensor del Pueblo », op. cit., p. 545.

¹³⁹² J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Yves Guchet, Droit, politique et littérature*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 297.

¹³⁹³ Loi organique n° 3-1981 du 6 avril 1981, *B.O.E* du 7 mai 1981, p. 9764.

¹³⁹⁴ L'article 103-1 de la Constitution espagnole dispose effectivement : « *L'administration publique sert avec objectivité l'intérêt général et agit conformément aux principes d'efficacité, de hiérarchie, de décentralisation, de déconcentration et de coordination, en se soumettant pleinement à la loi et au droit* ».

autonome de contrôle de l'action de l'administration en dehors de toute atteinte portée aux droits de la personne humaine¹³⁹⁵.

489. Traduisant une résurgence du second alinéa de l'article 49 du Projet de Constitution pour certains auteurs¹³⁹⁶, cette disposition donne lieu à de vives controverses doctrinales de l'autre côté des Pyrénées. Deux thèses, radicalement opposées, se dégagent.

490. La première, défendue par le professeur Joaquin Varela Suanzes-Carpegna¹³⁹⁷, consiste à affirmer que l'interprétation littérale de l'article 9-1, en tant qu'elle conduit inévitablement à confier au Défenseur du Peuple deux fonctions potentiellement déconnectées l'une de l'autre, à savoir, d'un côté, la surveillance de l'administration afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, de l'autre, la surveillance de l'administration en vue de garantir l'effectivité des principes de l'article 103 de la Constitution, doit être rejetée au motif de son inconstitutionnalité. En effet, dès l'instant où la Constitution précise que le contrôle de l'action administrative ne peut servir qu'une fonction unique de protection des droits consacrés par le titre I de la norme fondamentale, le Défenseur du Peuple ne saurait exercer une surveillance de l'activité de l'administration indépendamment de toute violation des droits fondamentaux. Partant, la seule interprétation recevable de l'article 9-1 consiste à affirmer que le Défenseur du Peuple peut effectuer des enquêtes à la lumière des principes garantis par l'article 103 de la Constitution, mais seulement si les droits fondamentaux sont en jeu.

491. La seconde, développée par le professeur José Luis Carro Fernández-Valmayor¹³⁹⁸, soutient que l'inconstitutionnalité apparente de l'article 9-1 peut être dépassée en affirmant que « *le Défenseur du Peuple détient en premier lieu, et avant tout, une fonction expressément attribuée par la Constitution, se distinguant par la défense des droits consacrés par son Titre premier, et, en second lieu, une fonction plus large, autonome, que lui attribue expressément la loi organique et qui consiste justement en la surveillance de l'administration* ». Selon l'auteur, une telle interprétation trouve un fondement solide à travers le dernier alinéa de l'article 1 de la loi organique qui dispose précisément que le Défenseur du Peuple « *exerce les fonctions que lui attribuent la Constitution et la présente loi* ».

492. Réceptionnée par une frange non négligeable de la doctrine¹³⁹⁹, cette seconde thèse n'en demeure pas moins fortement discutable dans la mesure où elle paraît méconnaître

¹³⁹⁵ En ce sens, v. M. Dapena Baqueiro, *Ley orgánica del Defensor del Pueblo (« ombudsman »)*, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁹⁶ Le professeur Juan Alfonso Santamaría Pastor affirme en ce sens que « *le paragraphe 2 de l'article 54 réapparaît aujourd'hui à travers l'article 9 de la loi organique, telle une vengeance à l'encontre de la Commission Mixte* » (in *El Defensor del Pueblo y la Administración : mesa redonda organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo, Madrid 1, 2 et 6 juillet 1981*, Presidencia del Gobierno, Servicio central de publicaciones, 1983, p. 50).

¹³⁹⁷ J. Varela Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *R.E.D.C.*, 1983, n° 8, p. 76.

¹³⁹⁸ J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2677.

¹³⁹⁹ En ce sens, v. par ex. : F. Fernández Segado, « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », in *Estudios jurídico-constitucionales*, Universidad nacional autónoma de México, México, 2003, p. 179 ; P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op.*

l'unicité de la fonction attribuée au Défenseur du Peuple par la norme suprême. Si le législateur organique a effectivement la charge de préciser les fonctions incombant au Défenseur du Peuple, celui-ci n'est autorisé à remplir cet office que dans le respect de la Constitution. Ce faisant, quand bien même l'article premier de la loi organique précise que le Défenseur du Peuple exerce les fonctions que lui attribue ladite loi, de telles fonctions ne sauraient s'inscrire ou être interprétées en contrariété avec la lettre du texte constitutionnel. Or, étant donné que la fonction attribuée au Défenseur du Peuple par l'article 54 de la Constitution consiste exclusivement à assurer l'effectivité des droits fondamentaux compris dans le titre I de la norme fondamentale, par le biais de la surveillance de l'activité de l'Administration publique, les compétences que lui attribue le législateur organique ne peuvent être lues qu'au regard de cette fonction¹⁴⁰⁰. Dans ces conditions, la seule lecture constitutionnellement valable de l'article 9-1 est celle défendue, entre autres¹⁴⁰¹, par le professeur Joaquin Varela Suanzes-Carpegna. D'autant que cette interprétation est loin de réduire à néant les potentialités offertes par l'article 9-1. Au contraire, les principes de bonne administration consacrés par l'article 103 de la Constitution permettent au Défenseur du Peuple de développer un contrôle étroit des prestations offertes par les services publics et, ce faisant, de s'assurer de la correcte concrétisation des droits-créances¹⁴⁰². Mais il n'en demeure pas moins que la rédaction de l'article 9-1 n'est pas très heureuse dès lors qu'elle laisse inévitablement le doute s'immiscer quant à la portée exacte de la mission poursuivie par le Défenseur du Peuple.

493. Impulsée par la péninsule ibérique, la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux se trouve désormais réceptionnée par la France depuis l'introduction du Défenseur des droits.

2. Un renouvellement réceptionné par la France

494. Comptant parmi les propositions les plus originales formulées par le Comité Balladur selon le professeur Michel Verpeaux¹⁴⁰³, l'introduction du Défenseur des droits au sein du système juridique français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 participe, à la suite de la péninsule ibérique, du mouvement de renouvellement de l'institution de l'ombudsman en mécanisme spécialisé dans la protection des droits de la personne humaine.

cit., p. 149 ; L. Feltrer Rambaud, « Artículo 9 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁰⁰ Sur ce point, v. : L. Parejo Alfonso, « El Defensor del Pueblo como institución de control de la administración pública (contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones) », in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴⁰¹ Pour des points de vue similaires, le lecteur pourra utilement se référer à : F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España*, Ensayos Jurídicos, Universitat de les Illes Balears, 1994, p. 45 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 66 ; J.A. Santamaría Pastor, in *El Defensor del Pueblo y la Administración : mesa redonda organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo*, Madrid 1, 2 et 6 juillet 1981, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁰² V. *infra*, n° 807.

¹⁴⁰³ M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *op. cit.*, p. 87.

« Conçu comme un réel "human rights ombudsman" »¹⁴⁰⁴, le Défenseur des droits marque effectivement une rupture très nette avec l'ancien Médiateur de la République sur le plan fonctionnel.

495. Ce n'est toutefois qu'au terme d'un processus constituant longtemps demeuré indécis que cette fonction privilégiée de protection des droits et libertés s'impose¹⁴⁰⁵. En effet, bien qu'accueillie favorablement par le chef de l'Etat, la proposition initiale du Comité Balladur, consistant dans la création d'un Défenseur des droits fondamentaux chargé non seulement de veiller au respect des droits fondamentaux, mais également d'assurer le bon fonctionnement des organismes investis d'une mission de service public¹⁴⁰⁶, subit de profonds bouleversements à l'occasion de la rédaction du projet de loi constitutionnelle¹⁴⁰⁷. Le ton est donné par la lettre d'orientation sur la réforme constitutionnelle, adressée le 12 novembre 2007 par le Président de la République au Premier ministre François Fillon. Précisant que le Défenseur des droits fondamentaux sera « *chargé notamment d'aider nos concitoyens victimes des erreurs, des lenteurs et des dysfonctionnements inhérents à toute administration, à faire valoir leurs droits* », la fonction de l'institution retenue par le chef de l'Etat s'éloigne déjà quelque peu de la proposition du Comité. Le tournant est opéré par le projet de loi constitutionnelle, dont l'article 31 offre la surprise de lire que le Défenseur des droits des citoyens, et non plus le Défenseur des droits fondamentaux, réceptionne les réclamations de toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public¹⁴⁰⁸. A l'origine d'un « *sérieux retour en arrière* »¹⁴⁰⁹ par rapport à la proposition initiale du Comité Balladur, l'article 31 du projet de loi constitutionnelle traduit davantage une volonté de pérenniser l'ancienne institution du Médiateur de la République que de mettre en place un *human rights ombudsman*.

496. Adopté en l'état par l'Assemblée nationale¹⁴¹⁰, il faut finalement attendre l'examen du projet de loi constitutionnelle par le Sénat pour que la fonction attribuée au nouveau Défenseur se rapproche de celle proposée par le Comité Balladur¹⁴¹¹. Procédant « *à une*

¹⁴⁰⁴ A. Martinel et M. Boulos, « Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *Terra nova*, 2011 [en ligne]. Disponible sur [www.tnova.fr].

¹⁴⁰⁵ En ce sens, v. N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1685.

¹⁴⁰⁶ L'article 78 nouveau que le Comité Balladur envisage d'insérer dans la Constitution prévoit effectivement : « *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 [...]* ». En somme, un organe hybride cumulant à la fois les attributions d'un *Human rights ombudsman* et celles d'un ombudsman de type plus classique.

¹⁴⁰⁷ Sur le processus de création de l'institution, v. spéc. : F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, pp. 913-914 ; B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *J.C.P. G.*, 2008, 177, p. 63 ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4 ; O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 397 ; C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁰⁸ Projet de loi constitutionnelle n° 820 adopté en Conseil des ministres le 23 avril 2008.

¹⁴⁰⁹ B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *op. cit.*, p. 63.

¹⁴¹⁰ Projet de loi constitutionnelle adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, texte adopté n° 150, 3 juin 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

¹⁴¹¹ En ce sens, v. J.-C. Zarka, « Le nouveau "défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 2.

véritable réécriture de l'article initial »¹⁴¹², le Sénat, sans revenir à la lettre du texte rédigé par le Comité, renoue effectivement avec son esprit en confiant à la nouvelle institution, renommée au passage Défenseur des droits, la fonction exclusive 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* ». A ce titre, la rédaction retenue par le Sénat se rapproche un peu plus encore du modèle ibérique puisque, à la dualité de fonctions initialement proposée par le Comité Balladur, est préférée une fonction unique de protection des droits de la personne humaine.

497. Finalement consacrée par l'article 71-1 de la Constitution, cette fonction exclusive de protection des droits et libertés, qui n'est pas du goût de tout le monde¹⁴¹³, se trouve réaffirmée¹⁴¹⁴ et précisée par l'article 4 de la loi organique relative au Défenseur des droits¹⁴¹⁵. Précisée en ce sens que le transfert des compétences du Défenseur des enfants, de la CNDS et de la HALDE vers le Défenseur des droits, auquel a procédé le législateur, se traduit par l'apparition explicite des missions poursuivies par ces anciennes autorités au sein des trois derniers alinéas de l'article 4 la loi organique relative au Défenseur des droits. Il s'ensuit que le Défenseur des droits, parallèlement à sa compétence générale de défense des 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, se voit confier trois missions plus spécifiques dans le domaine des droits de la personne humaine : la défense et la promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ; la lutte contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que la promotion de l'égalité ; la surveillance du respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. En d'autres termes, « *les*

¹⁴¹² B. Plessix, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴¹³ C'est notamment le cas du professeur Rozen Noguellou qui s'inquiète que le Défenseur des droits ne soit pas en mesure, à l'inverse du Médiateur de la République, de connaître de simples hypothèses de maladministration indépendamment de toute violation des droits fondamentaux. L'auteur affirme en ce sens : « *La comparaison Médiateur/Défenseur des droits conduit toutefois à une interrogation sur la parfaite substitution du second au premier. Le Médiateur se prononce sur toute réclamation relative au fonctionnement des administrations, là où le Défenseur des droits ne peut être saisi que si l'on s'estime lésé dans ses "droits et libertés", notamment en raison du fonctionnement de l'Administration. La saisine du Médiateur ne suppose pas que l'on justifie d'une atteinte à des "droits", mais simplement que l'on fasse état d'un dysfonctionnement administratif ou plutôt, comme l'exprime l'article 6 de la loi de 1973, du fait qu'un organisme public ou chargé d'une mission de service public, n'a pas "fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer". Il appartiendra au Défenseur des droits de retenir une conception large de son champ de compétence, qui lui permettra de connaître des dysfonctionnements administratifs qui, sans être directement préjudiciables aux droits des citoyens, n'en constituent pas moins des sources de difficulté, de retard, d'effort...* » (« Le Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 3-4).

¹⁴¹⁴ L'article 4-1 de la loi organique précise : « *Le Défenseur des droits 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* ».

¹⁴¹⁵ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *op. cit.*

attributions du Défenseur des droits recourent, mutadis mutandis, celles des quatre autorités qu'il remplace »¹⁴¹⁶.

498. Mais, quoi qu'il en soit, la fonction finalement attribuée au Défenseur des droits se rapproche incontestablement de celle poursuivie par ses homologues ibériques et permet, sans nul doute, de rattacher la nouvelle institution ainsi créée à la famille des *human rights ombudsmen*. Ne serait-ce qu'au regard de son appellation, le Défenseur des droits traduit effectivement un véritable changement de perspective par rapport à l'ancien Médiateur de la République et, ce faisant, une évolution souhaitée des fonctions assumées par ce dernier¹⁴¹⁷. Comme l'écrit très justement le député Jean-Luc Warsmann, « *alors que le terme de médiateur met l'accent sur la fonction d'intercession gracieuse qui lui est confiée, le terme de défenseur met en exergue le rôle de protecteur de l'institution qui serait créée* »¹⁴¹⁸. Aussi le Défenseur des droits doit-il être vu, au côté des juridictions ordinaires et du Conseil constitutionnel, comme un organe expressément chargé par la Constitution de garantir le respect des droits et libertés des individus¹⁴¹⁹.

499. Pourtant, une telle interprétation littérale du texte constitutionnel ne fait pas l'unanimité parmi la doctrine. Certains auteurs nourrissent, en effet, quelques suspicions quant à la véritable configuration du Défenseur des droits en autorité de protection des droits et libertés. C'est notamment le cas de Rhita Bousta¹⁴²⁰ qui considère qu'il serait erroné d'assimiler le Défenseur français au modèle ibérique de l'ombudsman car derrière une apparente fonction renouvelée de protection des droits et libertés, sous-entendue par l'appellation de l'institution, se cache, en réalité, « *le maintien implicite de l'esprit de médiation et de dysfonctionnement du service public* »¹⁴²¹, propre au Médiateur de la République. En ce sens, l'auteur relève que la dimension objective de dysfonctionnement du service public n'a pas totalement disparue du texte constitutionnel, et surtout de son esprit, tandis que la mission de médiation se trouve expressément consacrée par l'article 26 de la loi organique relative au Défenseur des droits¹⁴²².

500. A la vérité, les propos n'emportent pas l'adhésion. Certes, le Défenseur des droits ne fait pas table rase du passé. Certes, cette nouvelle institution entretient des liens incontestables avec l'ancien Médiateur de la République. Mais il n'en demeure pas moins que les anciennes caractéristiques du Médiateur de la République réceptionnées par le Défenseur des droits doivent désormais être appréhendées à l'aune de la fonction renouvelée de protection des droits et libertés, dont elles ne sont que l'instrument. A ce titre, le recours à la médiation peut parfaitement servir la résolution de conflits impliquant les droits fondamentaux. En atteste

¹⁴¹⁶ O. Dord, « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *op. cit.*, p. 959.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 1683.

¹⁴¹⁸ J.-L. Warsmann, *Rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, 15 mai 2008, p. 469.

¹⁴¹⁹ N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1686.

¹⁴²⁰ R. Bousta, « Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », *op. cit.*, pp. 7-9.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁴²² « *Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation [...]* ».

l'usage régulier de ce procédé par le Défenseur du Peuple dans le cadre de ses interventions en faveur de la préservation des droits et libertés garantis par le titre premier de la Constitution espagnole¹⁴²³. Par conséquent, si une filiation certaine avec le Médiateur de la République est identifiable, celle-ci ne remet nullement en cause la compétence privilégiée de protection des droits et libertés attribuée au Défenseur des droits. Au contraire, comme le souligne le professeur Catherine Teitgen-Colly, bien que « *le champ de compétence du défenseur [...] rappelle [...] celui du médiateur de la République, il n'est cependant pas borné aux réclamations des administrés concernant les dysfonctionnements causés par ces administrations et services, puisqu'il va au-delà de toute réclamation personnelle et s'étend à toute décision attentatoire aux droits et libertés prises par les autorités précitées* »¹⁴²⁴.

501. Répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie des droits fondamentaux, le modèle ibérique et français de l'ombudsman tranche indéniablement par rapport au modèle scandinave originel de l'institution sur le plan fonctionnel. A une fonction traditionnelle de surveillance de l'activité de l'administration aux fins de résolutions des hypothèses de « maladministration » se substitue, en effet, une fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux. Or, afin que l'ombudsman réponde au mieux aux attentes placées en lui, cette fonction se révèle être appréhendée on ne peut plus largement.

§ 2. Une fonction appréhendée largement

502. Embrassant l'ensemble des droits fondamentaux, sans exception (A), la fonction de protection des droits et libertés octroyée à l'ombudsman spécialisé s'étend, de surcroît, à l'ensemble de leurs bénéficiaires (B). La portée de cette fonction se mesure également au regard de l'ampleur des organes soumis à son contrôle (C).

A. Une protection de l'ensemble des droits fondamentaux

503. Revêtu d'une fonction privilégiée de protection des droits de la personne humaine, l'*human rights ombudsman*, tel qu'il existe en France et sur la péninsule ibérique, se présente comme le gardien de l'ensemble des droits et libertés. La précision mérite d'être apportée car, de façon identique à ce qui se passe en matière de recours juridictionnels spécialisés dans la protection des droits fondamentaux¹⁴²⁵, on aurait pu craindre que certaines catégories de droits, spécialement les droits-créances, se trouvent exclus du domaine de compétence de l'ombudsman. Fort heureusement, il n'en est rien. Les pays ibériques et la France ont effectivement retenu une conception suffisamment large de la fonction attribuée à l'ombudsman pour permettre à celui-ci de connaître des atteintes portées à l'ensemble des droits de la personne humaine, dont les droits économiques et sociaux. Or, ceci est essentiel car, compte tenu de sa configuration atypique, l'ombudsman spécialisé est susceptible de

¹⁴²³ Pour une étude exhaustive de cette question, v. spéc. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit.

¹⁴²⁴ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », op. cit., p. 125.

¹⁴²⁵ V. *supra*, n° 308 et ss.

jouer un rôle central dans le domaine des droits prestataires, parents pauvres de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux¹⁴²⁶.

504. Cela dit, il convient néanmoins de constater que l'identification du domaine de compétence exact de l'ombudsman se révèle plus ou moins aisée selon le pays considéré. Ne présentant aucune difficulté particulière en Espagne, elle se révèle plus délicate au Portugal et, surtout, en France.

505. En Espagne, la teneur littérale de l'article 54 de la Constitution ne laisse guère de place au doute. En affirmant que le Défenseur du Peuple est le haut mandataire des Cortès Générales, désigné par celles-ci pour défendre les droits établis au titre premier de la Constitution, le texte constitutionnel confie effectivement au Défenseur du Peuple la mission de garantir l'effectivité, non seulement des droits dits de premier rang, mais également des droits de deuxième et troisième rang, sans que l'intensité de la protection offerte par l'institution ne varie d'une catégorie de droits à l'autre. De sorte que, à de rares exceptions près¹⁴²⁷, les auteurs espagnols sont unanimes pour affirmer que le domaine d'intervention du Défenseur du Peuple englobe l'ensemble des droits et libertés garantis par le titre premier de la Constitution, dont les principes directeurs de la politique économique et sociale prévus par son chapitre III¹⁴²⁸. Plus largement, la doctrine s'accorde pour affirmer que la protection offerte par le Défenseur du Peuple dépasse les seuls droits et libertés consacrés à l'échelle nationale pour englober les droits garantis au niveau supranational, que ce soit dans le cadre du droit de l'Union européenne¹⁴²⁹ ou du droit international *stricto sensu*¹⁴³⁰. De toute

¹⁴²⁶ A cet égard, la péninsule ibérique et la France semblent avoir entendu les recommandations de Luis Frijinal Villaverde selon lesquelles il est essentiel que la compétence de l'*human rights ombudsman* s'étende à la catégorie de droits-créances car, bénéficiant d'une protection juridictionnelle amoindrie, cette dernière doit faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'ombudsman (*La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981, p. 210).

¹⁴²⁷ Le professeur Juan Alfonso Santamaría Pastor considère que l'action du Défenseur du Peuple doit se limiter aux seuls droits de premier rang, c'est-à-dire aux droits consacrés par les articles 7 à 28 de la Constitution. Toutefois, cette position doctrinale participe davantage d'un vœu personnel et subjectif que d'une retranscription fidèle de l'état du droit positif, puisqu'elle ne tient nullement compte de la prescription formulée par l'article 54 de la Constitution selon laquelle le Défenseur du Peuple défend les droits formulés au titre premier de la Constitution (*in El Defensor del Pueblo y la Administración : mesa redonda organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo, Madrid 1, 2 et 6 juillet 1981, op. cit.*, p. 52).

¹⁴²⁸ En ce sens, v. not. : L. Aguiar de Luque, « Defensor del Pueblo », *in* M. Aragón Reytez (Dir.), *Temas básicas de Derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001, p. 229 ; M.L. Cava de Llano y Carrió, « Artículo 1 », *op. cit.*, p. 78 ; Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2^{ème} éd., 1981, pp. 256-257 ; C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 21-22 ; A. Urribarri Murillo, « Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas. La institución del Defensor del Pueblo », *in* J. Suay Rincón (Dir.), *La ley 4/1999 de procedimiento administrativo. Reforma de la ley 30/1992*, Editorial Colex, ICSE, Entidad Delegada en Canarias de la Universidad Alfonso X el Sabio, coll. Temas Claves de derecho, Madrid, 1999, p. 32 ; J. Varela Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁴²⁹ Sur ce point, v. : A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *Revista de derecho político*, 2008, n° 71-72, pp. 71-73 ; M. Retuerto Buades, « Le médiateur de l'Espagne », *op. cit.*, pp. 48-51 ; « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *op. cit.*, pp. 13-19.

¹⁴³⁰ Le professeur Manuel Jiménez de Parga considère en ce sens que le Défenseur du Peuple est susceptible de jouer un rôle central dans le processus d'interprétation et d'enrichissement du catalogue constitutionnel de droits fondamentaux à l'aune des droits et libertés conventionnellement protégés, notamment par la Déclaration

évidence, une telle conclusion s'avère assez logique dès lors que l'article 10-2 de la Constitution, relatif à l'interprétation des normes de droits fondamentaux au regard des conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Espagne, fait partie intégrante du titre premier de la loi fondamentale et, dès lors, du domaine de compétence du Défenseur du Peuple.

506. Au Portugal, l'article 1-1 du statut du *Provedor de Justiça*, seule référence explicite à la mission de protection des droits fondamentaux poursuivie par l'institution, soulève de prime abord quelques interrogations quant à la capacité de l'institution à protéger l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁴³¹. En précisant que la fonction principale du *Provedor de Justiça* réside dans la défense et la promotion des droits, libertés, garanties et intérêts légitimes des citoyens, cette disposition semble effectivement exclure du domaine de compétence de l'institution portugaise les droits économiques, sociaux et culturels¹⁴³². Ce serait toutefois sans compter sur le fait que, d'une part, l'institution trouve sa place dans le titre premier de la partie I de la norme suprême, relatif aux « Principes généraux », lequel chapeaute l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Constitution, et non pas seulement les droits, libertés et garanties, d'autre part, l'article 20-1 al. d du statut du *Provedor de Justiça* précise que ce dernier est compétent pour promouvoir l'ensemble des droits et libertés fondamentaux. Ce faisant, la majorité de la doctrine portugaise estime que le *Provedor de Justiça*, en tant qu'il s'insère pleinement dans le régime commun des droits fondamentaux, est en mesure de garantir l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux, dont les droits économiques, sociaux et culturels¹⁴³³. Par ailleurs, il est intéressant de noter que, à l'identique du voisin espagnol, la mission privilégiée de protection des droits fondamentaux poursuivie par le *Provedor de Justiça* est généralement appréhendée comme englobant les droits issus des sources internationales¹⁴³⁴. Notamment, l'article 16-2 de la Constitution portugaise imposerait au *Provedor de Justiça*, selon José Menéres Pimentel, ancien titulaire de la fonction, de défendre les droits et libertés consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁴³⁵.

universelle des droits de l'homme (« Prólogo » in M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, op. cit., p. 17).

¹⁴³¹ En ce sens, v. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, op. cit., p. 125.

¹⁴³² A savoir que, comme il a été souligné, le texte constitutionnel portugais opère une dichotomie très nette entre, d'un côté, les droits, libertés et garanties, de l'autre, les droits et devoirs économiques, sociaux et culturels. Or, en ne faisant référence qu'aux seuls droits, libertés et garanties, l'article 1-1 du statut du *Provedor de Justiça* semble implicitement refuser aux droits économiques, sociaux et culturels la protection offerte par l'institution.

¹⁴³³ V. par ex. : A. Correia de Campos, « O Provedor de Justiça e o Acompanhamento e Avaliação das Políticas Públicas », in *Democracia e Direitos Humanos no século XXI*, op. cit., pp. 57-58 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », op. cit., p. 708 ; J. Miranda, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », in *O Cidadão o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, op. cit., p. 44.

¹⁴³⁴ H. Nascimento Rodrigues, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 127-128.

¹⁴³⁵ J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 1998, p. 10.

507. En définitive, c'est en France que l'étendue exacte de la compétence du Défenseur des droits demeure la plus délicate à déterminer¹⁴³⁶. A l'évidence, ceci tient pour beaucoup à l'imprécision de la terminologie retenue par le constituant pour désigner la nouvelle institution et la mission poursuivie par cette dernière. Le comité Balladur avait songé à l'appellation, « *ô combien symbolique* »¹⁴³⁷, de Défenseur des droits fondamentaux. « *Mais il faut croire que l'expression est encore trop étrangère à la culture juridique française* »¹⁴³⁸, si bien que le constituant lui a préféré celle de Défenseur des droits. Or, comme l'écrit très justement le professeur Michel Verpeaux, « *le changement de dénomination de l'institution n'est pas que sémantique et elle prête le flanc à la critique* »¹⁴³⁹. L'appellation finalement retenue s'accompagne, en effet, d'un flou évident quant à la portée exacte de la compétence attribuée à l'institution. D'autant que la teneur de l'article 71-1 de la Constitution n'est guère plus explicite, puisque celui-ci fait seulement référence à la notion de « droits et libertés ». Illustration du flottement sémantique régnant au sein du texte constitutionnel français en matière de droits de la personne humaine¹⁴⁴⁰, cette formule, de par son approximation, n'est pas très heureuse. « *Le texte constitutionnel se référait déjà, dans sa version initiale, aux "droits de l'homme" dans son Préambule, aux "droits civiques" et aux "libertés publiques" en son article 34, il connaît maintenant une nouvelle catégorie qui est à définir : celle des "droits et libertés" »*¹⁴⁴¹. Doit-on considérer qu'il s'agit « *des droits et libertés que la Constitution garantit* », à l'image de ce que prévoit l'article 61-1 du texte constitutionnel relatif à la question prioritaire de constitutionnalité ? « *En raisonnant par analogie, on peut penser que cette précision s'applique aussi à l'article 71-1* »¹⁴⁴². Mais, si tel est le cas, pourquoi le constituant aurait fait l'économie d'une telle précision ? En réalité, peut-être faut-il envisager que l'expression englobe, plus largement, l'ensemble des droits et libertés de valeur supralégislative, voire certaines permissions juridiques d'agir consacrées par le législateur ? Ce sont là autant de questions laissées en suspend par le constituant et le législateur organique.

508. A la décharge du constituant, il convient toutefois d'admettre que l'absence de catalogue de droits fondamentaux en ouverture du texte constitutionnel français, à l'inverse des constitutions espagnole et portugaise, n'est guère propice à une délimitation précise du domaine de compétence de la nouvelle institution. A savoir que, sur la péninsule ibérique, la consécration de l'institution parmi les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés fondamentaux permet d'identifier très rapidement son domaine de compétence matériel.

¹⁴³⁶ Sur ce point, v. : R. Bousta, « Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », *op. cit.*, pp. 7-8 ; S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 511 et ss. ; A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 25 ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4 ; A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *D.*, 2008, p. 1871.

¹⁴³⁷ M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *op. cit.*, p. 87.

¹⁴³⁸ B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *op. cit.*, p. 63.

¹⁴³⁹ M. Verpeaux, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁴⁰ En ce sens, v. S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 512.

¹⁴⁴¹ A. Roblot-Troizier, *op. cit.*, p. 1871.

¹⁴⁴² A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 26.

509. Par ailleurs, et surtout, la doctrine se veut suffisamment rassurante pour admettre que le Défenseur des droits se présente comme le défenseur de toutes les catégories de droits fondamentaux, sans exception¹⁴⁴³. En ce sens, le professeur Catherine Teitgen-Colly rappelle, à la suite de la Commission nationale consultative des droits de l'homme¹⁴⁴⁴, que le principe d'indivisibilité des droits commande au nouveau Défenseur de prendre en considération l'ensemble des droits tant civils et politiques, qu'économiques, sociaux et culturels¹⁴⁴⁵.

510. Mais il n'en demeure pas moins que la dénomination finalement retenue laisse « *sur les lèvres un léger goût d'inachevé* »¹⁴⁴⁶. Aussi peut-on nourrir quelques regrets à l'égard de l'appellation initialement proposée par le Comité Balladur de « *Défenseur des droits fondamentaux* » dans la mesure où, en dépit des controverses doctrinales que continue de susciter la notion de droits fondamentaux, cette dernière se révèle plus précise que celle de « *droits et libertés* »¹⁴⁴⁷. Sans compter que si le constituant se refuse à utiliser des expressions comme « *droits fondamentaux* » ou « *libertés fondamentales* », le législateur ordinaire, en revanche, ne répugne pas à les utiliser¹⁴⁴⁸. La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, consacrant l'apparition de la notion de « *liberté fondamentale* » au sein de l'ordonnancement juridique français, en est une illustration éclatante.

511. Protecteur de l'ensemble des droits fondamentaux, l'ombudsman spécialisé se présente, de surcroît, comme celui de l'ensemble de leurs bénéficiaires.

B. Une protection de l'ensemble des bénéficiaires des droits fondamentaux

512. Classiquement présentés comme l'ensemble des personnes auxquelles est attribuée une permission juridique d'agir constitutive d'un droit fondamental¹⁴⁴⁹, les bénéficiaires des droits fondamentaux, qu'il convient de distinguer des titulaires¹⁴⁵⁰, ne sauraient se limiter aux seuls citoyens. Au contraire, au sein des systèmes démocratiques contemporains, sont

¹⁴⁴³ P. Gelard, *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 28 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1028.

¹⁴⁴⁴ C.N.C.D.H., *Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens ». (Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la 5^{ème} République)*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁴⁵ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁴⁶ A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *op. cit.*, p. 1871.

¹⁴⁴⁷ D'autres dénominations, comme celle de « Défenseur des droits de l'homme et du citoyen », proposée par le député Patrick Braouezec, ont également été avancées (en ce sens, v. A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 25). Selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme, cette appellation « *aurait eu le mérite [...] de reprendre la formule du Préambule de la Constitution de 1958 qui se réfère aux "droits de l'homme" et, ce faisant, d'enraciner le défenseur dans la tradition constitutionnelle française, sans pour autant écarter les droits issus d'autres sources – internationale et européenne – ou de valeur différente, constitutionnelle, législative ou autre* » (C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, p. 125).

¹⁴⁴⁸ S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 512.

¹⁴⁴⁹ En ce sens, v. O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁵⁰ Les titulaires des droits fondamentaux doivent être entendus comme l'ensemble des organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des droits fondamentaux. La distinction avec les bénéficiaires mérite d'être effectuée car, si certains Etats, à l'image de l'Allemagne, ont opté pour un système d'union stricte, c'est-à-dire un système où les fonctions de bénéficiaires et de titulaires sont amenées à se confondre, dans la plupart des pays cette union n'est qu'imparfaite, l'accès direct à la cour constitutionnelle étant impossible ou limité (sur ces questions, v. not. : O. Pfersmann, *op. cit.*, pp. 98 et ss. ; III^e colloque international d'Aix-en-Provence, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (nouveau bilan : 1981-1991)*, A.I.J.C., 1991, vol. VII, pp. 175 et ss.).

également considérés comme des bénéficiaires des droits fondamentaux, d'une part, les personnes morales, de droit privé ou de droit public¹⁴⁵¹, d'autre part, les non-nationaux, c'est-à-dire les personnes, physiques ou morales, ne possédant pas la nationalité du pays où elles résident¹⁴⁵².

513. Bien entendu, ces deux catégories de personnes ne constituent aucunement des bénéficiaires universels des droits fondamentaux, puisque, à la différence des citoyens, l'exercice de certains droits et libertés leur est soit impossible, soit refusé.

514. Ainsi, s'agissant des personnes morales, l'attribution de droits fondamentaux doit s'avérer conceptuellement possible au regard du genre de personnes considérées, de son objet, de sa finalité. Comme le souligne le professeur Otto Pfersmann, « *on imagine difficilement la protection de la vie familiale d'une société anonyme, mais fort bien celle de sa propriété* »¹⁴⁵³.

515. Quant aux étrangers, ces derniers se voient automatiquement refuser l'exercice des droits-participation, dont seules peuvent se prévaloir les personnes ayant acquis au préalable le statut spécifique de la citoyenneté¹⁴⁵⁴. Par ailleurs, et sans entrer dans le détail, le rapport de l'étranger aux droits fondamentaux varie sensiblement selon que ce dernier se trouve en situation régulière ou irrégulière. Tandis que le principe d'assimilation conduit généralement à reconnaître à l'étranger en situation régulière le bénéfice de l'ensemble des droits fondamentaux, exception faite des droits-participations¹⁴⁵⁵, l'étranger en situation irrégulière ne bénéficie, pour sa part, que des droits-libertés classiques et des droits-garanties, et encore, sous couvert d'importantes atténuations¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵¹ C'est ainsi que l'article 12-2 de la Constitution portugaise précise : « *toutes les personnes morales jouissent des droits et sont astreintes aux devoirs qui sont compatibles avec leur nature* ». De même, en Espagne, le Tribunal constitutionnel a déclaré recevable des recours d'*amparo* introduits par des personnes morales de droit privé et de droit public (en ce sens, v. P. Bon, « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », *op. cit.*, pp. 48-49). Quant à la France, le Conseil constitutionnel a jugé à plusieurs reprises que devaient être respectés les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé, tels que les syndicats (Cons. const., décision 1980-119 DC du 22 juillet 1980, *op. cit.*) ou les sociétés (Cons. const., décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *op. cit.*), et de droit public, à l'image des collectivités territoriales (Cons. const., décision 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, *Rec.* p. 38, *J.O.* du 3 mars 1982, p. 759) ou des partis politiques (Cons. const., décision 89-263 DC du 11 janvier 1990, *Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*, *Rec.*, p. 18, *J.O.* du 13 janvier 1990, p. 572).

¹⁴⁵² A ce titre, l'article 15-1 de la Constitution portugaise prévoit que « *les étrangers et les apatrides séjournant ou résident au Portugal jouissent des mêmes droits et sont astreints aux mêmes devoirs que les citoyens portugais* », tandis que l'article 13-1 de la Constitution espagnole précise que « *les étrangers jouissent en Espagne des libertés publiques garanties au présent titre, dans les termes établis par les traités et par la loi* ».

¹⁴⁵³ O. Pfersmann, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 100.

¹⁴⁵⁵ En France, par exemple, le principe de l'assimilation entre français et étrangers en situation régulière quant au bénéfice des droits et libertés fondamentaux résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1990, *Egalité entre français et étrangers*, qui a érigé en principe la règle selon laquelle « [...] le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (décision 89-269 DC, *op. cit.*).

¹⁴⁵⁶ Sur ces questions, v. O. Lecucq, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, th. dactylographiée Aix-Marseille III, 1999, pp. 380 et ss.

516. Mais, quoi qu'il en soit, les bénéficiaires des droits fondamentaux ne se limitent pas aux seuls citoyens. Aussi apparaît-il indispensable que la fonction de protection des droits et libertés attribuée à l'ombudsman s'étende à l'ensemble de leurs bénéficiaires. Or, c'est effectivement le cas en France et de l'autre côté des Pyrénées où l'action de l'ombudsman bénéficie aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers (1), aux personnes physiques qu'aux personnes morales (2).

1. Les nationaux et les étrangers

517. Qu'il s'agisse de la péninsule ibérique ou de la France, la fonction de protection des droits fondamentaux poursuivie par l'*human rights ombudsman* bénéficie aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers.

518. En Espagne, l'appellation « Défenseur du Peuple » est susceptible de prêter à controverse dans la mesure où, mettant l'accent sur les bénéficiaires de la protection, elle conduit à se demander si le domaine de compétence de l'institution ne se limite pas au seul peuple espagnol, c'est-à-dire aux nationaux. Le doute est toutefois levé par l'article 10-1 de la loi organique qui précise que la nationalité ne constitue en aucune façon une condition de recevabilité des plaintes adressées à l'institution. De plus, l'article 33-4 de l'Ordre du ministère de la présidence en date du 22 février 1999, approuvant les normes sur le fonctionnement et le régime intérieur des centres d'internement des étrangers, dispose que les étrangers placés en rétention peuvent adresser des pétitions et des plaintes au Défenseur du Peuple, lesquelles ne peuvent être l'objet d'aucune censure¹⁴⁵⁷.

519. Au Portugal, la seule référence à la notion de citoyens au sein du texte constitutionnel et du statut du *Provedor de Justiça* peut, de prime abord, porter à croire que la fonction de sauvegarde des droits de la personne humaine assurée par l'institution ne bénéficie qu'aux nationaux¹⁴⁵⁸. Ce serait toutefois ignorer le principe constitutionnel d'équivalence des droits et libertés entre nationaux et étrangers¹⁴⁵⁹, qui impose d'appréhender le *Provedor de Justiça* comme un organe de garantie ouvert non seulement aux citoyens nationaux, mais également aux étrangers et apatrides, indépendamment de la régularité de leur situation¹⁴⁶⁰.

520. En France, également, le Défenseur des droits, susceptible d'être saisi par toute personne en vertu de l'article 71-1 de la Constitution et de l'article 5-1 de la loi organique, protège indistinctement les droits fondamentaux des nationaux et des étrangers. A ce titre, se

¹⁴⁵⁷ Sur ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à : F. M. Bruñén Barberá, « Artículo 10 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 259.

¹⁴⁵⁸ L'article 23 de la Constitution et l'article 3 du statut du *Provedor de Justiça* disposent effectivement que « les citoyens peuvent présenter des réclamations pour action ou omission des pouvoirs publics au *Provedor de Justiça* ». De surcroît, l'article 24-1 du statut ajoute que « le *Provedor de Justiça* exerce ses fonctions sur la base des plaintes présentées par les citoyens ».

¹⁴⁵⁹ Art. 15-1 de la Constitution portugaise, op. cit.

¹⁴⁶⁰ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, op. cit., p. 145. Dans un sens similaire, v. : J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, op. cit., p. 441 ; M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, op. cit., p. 22.

doit d'être salué l'abandon par le Sénat de l'appellation initialement retenue dans le projet gouvernemental de Défenseur des droits des citoyens. Car, en dépit de l'imprécision de la dénomination finalement choisie de Défenseur des droits, celle de Défenseur des droits des citoyens présentait le risque de pouvoir être entendue comme réservant la protection de l'institution aux seuls nationaux¹⁴⁶¹.

521. Gardien des droits fondamentaux des nationaux comme des étrangers, l'*human rights ombudsman* est également celui des droits et libertés des personnes tant physiques que morales.

2. Les personnes physiques et les personnes morales

522. A l'identique de la problématique des nationaux et des étrangers, l'ombudsman spécialisé se révèle compétent pour garantir l'effectivité des droits fondamentaux de l'ensemble des personnes juridiques, indistinctement du fait qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

523. S'agissant du Défenseur du Peuple, l'article 10-1 de la loi organique prévoit que peuvent s'adresser à celui-ci toute personne physique ou juridique sans aucune restriction. A ce titre, la notion de personne physique doit être appréhendée largement puisque, toujours selon l'article 10-1, elle englobe, outre les étrangers, les mineurs, les incapables et les personnes en situation d'internement. Quant aux personnes juridiques, entendues dans le sens personnes morales, il convient de noter que, à l'origine, celles-ci n'étaient pas prévues comme des sujets légitimes pour solliciter l'intervention du Défenseur du Peuple par la proposition de loi présentée au Congrès¹⁴⁶². Ce n'est qu'à la suite de l'adoption des amendements déposés par le Groupe minoritaire basque, le Groupe andalou et le Groupe de la coalition démocratique que leur fut octroyée une telle légitimité¹⁴⁶³. Quoi qu'il en soit, la notion de personnes juridiques doit également être appréhendée largement, même si une limite réside dans le fait que les autorités administratives ne sont pas autorisées à présenter des plaintes au Défenseur du Peuple pour des questions relevant de leurs compétences¹⁴⁶⁴.

524. Malgré le laconisme du texte constitutionnel et de la loi organique sur la question, le *Provedor de Justiça* est en mesure, d'après les auteurs les plus autorisés, de protéger les droits fondamentaux de l'ensemble des personnes physiques, majeures ou mineures¹⁴⁶⁵, ainsi que

¹⁴⁶¹ Sur cette question, v. not. : J.-J. Hyst, *Rapport n° 387 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la V^e République*, Sénat, 2008, p. 47 ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4 ; C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125 ; M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁶² L'idée défendue par certains auteurs, dont le professeur Álvaro Gil-Robles, était de permettre à l'institution nouvellement mise en place de centrer, dans un premier temps, son activité sur les seules atteintes portées aux droits fondamentaux des individus (*El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 88-89).

¹⁴⁶³ Sur cette question, v. F. M. Bruñén Barberá, « Artículo 10 », *op. cit.*, pp. 246-247.

¹⁴⁶⁴ Art. 10-3 de la loi organique du Défenseur des droits.

¹⁴⁶⁵ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 145.

des personnes morales. Sur ce dernier point, il s'agit, selon les professeurs Gomes Canotilho et Vital Moreira¹⁴⁶⁶, d'une application pure et simple du principe d'universalité des droits fondamentaux, retranscrit, notamment, à l'article 12-2 de la Constitution portugaise. En vertu de cette disposition, les personnes morales jouissent effectivement de l'ensemble des droits et libertés compatibles avec leur nature.

525. De façon similaire au Défenseur du Peuple, l'article 5-1 de la loi organique relative au Défenseur des droits prévoit que celui-ci peut être saisi par toute personne physique ou morale s'estimant lésée dans ses droits et libertés. Compte tenu de l'intégration de l'ancien Défenseur des enfants au sein de la nouvelle institution française, le deuxième alinéa de cette même disposition précise, en outre, que les personnes mineures sont également légitimes à s'adresser au Défenseur des droits. En revanche, l'article 10 de la loi organique exclut du champ de compétence de l'institution, d'une part, les différends entre les personnes publiques ou les organismes de droit privé chargés d'une mission de service public et leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions¹⁴⁶⁷, d'autre part, les éventuels litiges entre les personnes publiques et lesdits organismes de droit privé.

526. Quoi qu'il en soit, l'amplitude de la fonction de protection des droits fondamentaux attribuée à l'ombudsman spécialisé se mesure également au regard des organes soumis à son contrôle.

C. Une protection contre la majorité des « débiteurs »¹⁴⁶⁸ des droits fondamentaux

527. Conçu comme un mécanisme de résolution non juridictionnelle des litiges relatifs aux dysfonctionnements de l'activité administrative, l'ombudsman, entendu dans son acception traditionnelle, voit sa compétence essentiellement limitée au domaine de l'administration publique. Or, avec l'*human rights ombudsman*, le renouvellement de la fonction attribuée à l'institution s'accompagne d'un élargissement de son champ de compétence organique. A savoir que si l'administration demeure le domaine d'intervention privilégié de l'ombudsman spécialisé, ce dernier compte également, pour mener à bien sa mission de protection des droits fondamentaux, sur un éventail de prérogatives le conduisant à connaître

¹⁴⁶⁶ J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 441.

¹⁴⁶⁷ Il faut voir là une résurgence de l'article 8 de la loi relative à l'ancien Médiateur de la République selon lequel « *les différends qui peuvent s'élever entre les administrations et organismes visés à l'article premier et leurs agents ne peuvent faire l'objet de réclamations auprès du Médiateur de la République. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à ces agents après la cessation de leurs fonctions* ». S'agissant du Défenseur des droits, il convient toutefois de souligner que cette limitation ne joue pas dans le domaine des discriminations. Quoi qu'il en soit, c'est là une différence de taille avec le modèle ibérique de l'ombudsman, spécialement portugais, compétent pour protéger les droits fondamentaux des fonctionnaires et des agents administratifs dans le cadre de leurs relations avec les services administratifs qui les emploient (En ce sens, v. J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *op. cit.*, p. 441).

¹⁴⁶⁸ La formule est empruntée au professeur Christian Autexier (v. L. Favoreu (Dir.) et *alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 889).

de l'action des autres organes de l'Etat¹⁴⁶⁹. Ceci est particulièrement prégnant s'agissant du *Provedor de Justiça* dont le domaine de compétence couvre l'ensemble des pouvoirs publics aux termes de l'article 23 de la Constitution. Afin de poursuivre l'analyse plus avant, deux observations liminaires méritent toutefois d'être apportées.

528. En premier lieu, et conformément au modèle scandinave de l'ombudsman¹⁴⁷⁰, se trouvent exclus de la sphère de compétence de l'*human rights ombudsman* l'ensemble des organes de nature politique.

529. En second lieu, qu'il s'agisse de la France ou des pays ibériques, le principe d'indépendance de la justice interdit à l'ombudsman de connaître de l'activité juridictionnelle des tribunaux¹⁴⁷¹. S'inscrivant dans la continuité du modèle danois et norvégien de l'ombudsman¹⁴⁷², cette limitation tranche, en revanche, considérablement par rapport à l'état du droit positif suédois qui autorise le *Justitieombudsman* à critiquer les actes matériellement juridictionnels adoptés par les juges et les tribunaux¹⁴⁷³.

530. Sous réserve de ces deux exceptions, l'ombudsman spécialisé se révèle compétent pour s'assurer du respect des droits fondamentaux par l'ensemble des pouvoirs publics, en tête desquels l'administration (1) et, de façon plus original, le législateur (2). De surcroît, en France et, sous certaines conditions, au Portugal, sa compétence s'étend aux actes des personnes privées (3).

1. L'administration publique, domaine de compétence privilégié de l'*human rights ombudsman*

531. Domaine d'intervention privilégié de l'ombudsman de type traditionnel, l'administration est également celui de l'*human rights ombudsman*. Evidemment, cette compétence de surveillance de l'administration attribuée à l'ombudsman spécialisé ne dispose pas d'une autonomie propre dès lors que, comme il a été démontré, elle ne constitue qu'un instrument au service de la fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux de l'institution. Mais, d'un point de vue strictement organique, l'appareil administratif n'en demeure pas moins le domaine de compétence privilégié de l'*human rights ombudsman*. A cet effet, la France et la péninsule ibérique ont revêtu l'institution de l'ombudsman d'une

¹⁴⁶⁹ En ce sens, v. : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 320 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴⁷⁰ Sur ce point, v. par ex. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 79 ; Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, pp. 44-47.

¹⁴⁷¹ En témoigne, par exemple, l'article 33 de la loi organique relative au Défenseur des droits, selon lequel l'institution française « ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle ».

¹⁴⁷² En Norvège, se trouve même exclue de la sphère de compétence de l'institution les actes matériellement administratifs des organes juridictionnels (en ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, p. 79).

¹⁴⁷³ Sur cette question, v. not. : M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, p. 79 ; V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, pp. 198 et ss. ; A. Legrand, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, pp. 294 et ss. spéc. pp. 311-318 ; A. Salgado de Matos, « O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, *op. cit.*, p. 169.

compétence particulièrement large en la matière (a), même si des tempéraments sont apportés dans les domaines spécifiques de l'administration de la justice et de l'administration militaire (b).

a. Un domaine de compétence englobant l'ensemble des administrations

532. Susceptible d'être défini comme « l'activité par laquelle les autorités publiques, et parfois privées, pourvoient, en utilisant le cas échéant des prérogatives de puissance publique, à la satisfaction des besoins d'intérêt public »¹⁴⁷⁴, le concept d'Administration renvoie à une réalité particulièrement vaste. Or, que l'on s'intéresse à la France ou à la péninsule ibérique, l'ombudsman spécialisé se révèle compétent pour connaître des actes et des agissements de l'ensemble des services administratifs, dont les plus en « retrait » de la société civile, tels que les centres pénitentiaires et les hôpitaux psychiatriques.

533. Ainsi, en Espagne, la compétence de surveillance de l'administration publique confiée au Défenseur du Peuple par l'article 54 de la Constitution ne se voit opposer quasiment aucune limite légale¹⁴⁷⁵. Au contraire, la loi organique du 6 avril 1981, sous réserve des spécificités tenant à l'administration militaire et à l'administration de la justice, retient une conception extensive de cette compétence, relativement proche de la définition de la notion d'administration publique retenue par le droit positif espagnol¹⁴⁷⁶. Pour s'en tenir à l'essentiel¹⁴⁷⁷, principalement trois axes permettent de rendre compte de l'étendue du domaine de compétence du Défenseur du Peuple à l'égard de l'administration.

534. Tout d'abord, et la doctrine espagnole est suffisamment unanime sur ce point¹⁴⁷⁸, la notion d'administration, telle que consacrée par l'article 54 de la Constitution, doit être entendue de façon générique comme englobant l'ensemble des administrations publiques territoriales. Il s'ensuit que la mission de protection des droits fondamentaux poursuivie par le Défenseur du Peuple s'impose non seulement à l'administration centrale, mais également aux

¹⁴⁷⁴ J. Waline, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁷⁵ En ce sens, v. M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁷⁶ Tandis que l'article 2 de la loi du 26 novembre 1992, relative au régime juridique des administrations publiques et à la procédure administrative de droit commun, précise que l'administration publique englobe l'administration générale de l'Etat, les administrations des Communautés autonomes, les entités composant l'administration locale et les entités de droit public disposant d'une personnalité juridique propre, dépendantes de l'administration publique et exerçant des prérogatives administratives, le Tribunal suprême précise que l'administration publique est un concept générique qui comprend en réalité une pluralité d'administrations, que sont l'administration de l'Etat, l'administration des Communautés autonomes, les administrations locales et des entités institutionnelles et corporatives (STS du 18 février 1986, cité par L. Feltrer Rambaud, « Artículo 9 », *op. cit.*, pp. 218-219).

¹⁴⁷⁷ Des études particulièrement approfondies sur l'étendue de la compétence de l'ombudsman espagnol à l'égard de l'administration sont disponibles dans la plupart des ouvrages généralistes relatifs au Défenseur du Peuple. A ce titre, le lecteur pourra notamment se diriger vers : Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 99 et ss. ; L. Feltrer Rambaud, « Artículo 9 », *op. cit.*, p. 218 et ss.

¹⁴⁷⁸ V. not. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 189 ; Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, pp. 264 et ss. ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, pp. 25 et ss.

administrations locales¹⁴⁷⁹, que ce soit à l'échelon municipal, provincial ou autonome¹⁴⁸⁰. S'agissant de l'administration autonome, il convient toutefois de préciser que l'existence d'entités analogues au Défenseur du Peuple au sein de certaines Communautés autonomes implique une nécessaire coordination et coopération entre ces entités et l'institution nationale¹⁴⁸¹.

535. Ensuite, se trouvent soumis au contrôle du Défenseur du Peuple au sein des différentes administrations territoriales, d'une part, les organes qui les composent, d'autre part, les fonctionnaires et agents administratifs à leur service. En atteste l'article 9-2 de la loi organique selon lequel « *les attributions du Défenseur du Peuple couvrent les activités des ministres, des autorités administratives, des fonctionnaires et de toute personne au service de l'administration publique* ». Deux enseignements peuvent être dégagés d'une telle disposition.

536. *Primo*, si les organes disposant d'une double casquette administrative et politique, à l'image des ministres, ne sauraient être soumis au contrôle du Défenseur du Peuple dans le cadre de leurs activités purement politiques, il n'en va pas de même lorsqu'ils agissent en tant que chef de service. A cet égard, il est possible de considérer que, en dépit du silence de la loi organique, rien n'interdit l'intervention du Défenseur du Peuple dans le domaine de l'organisation administrative des chambres parlementaires¹⁴⁸².

537. *Secundo*, la fonction de surveillance de l'administration exercée par le Défenseur du Peuple, dans la mesure où elle englobe les agissements du personnel au service de l'administration, ne se limite pas à une forme objective et abstraite. Au contraire, elle présente une véritable dimension subjective révélée, notamment, par l'article 28-3 de la loi organique dont il résulte que les actions réalisées par les personnes privées délégataires de services publics peuvent donner lieu à une intervention du Défenseur auprès des autorités administratives compétentes¹⁴⁸³.

538. Enfin, l'article 10-2 de la loi organique, en tant qu'il prévoit que la commission mixte Congrès-Sénat chargée des relations avec le Défenseur du Peuple peut solliciter l'intervention de ce dernier en vue d'une enquête ou de l'éclaircissement de faits, ordonnances et conduites concrètes s'étant produits dans l'administration publique, étend la compétence de l'ombudsman espagnol au-delà des seuls actes administratifs pour englober les agissements, les comportements et les prises de position de l'administration.

¹⁴⁷⁹ Pour une étude approfondie de la compétence du Défenseur du Peuple à l'égard de l'administration locale, spécialement municipale, le lecteur pourra utilement se référer à : Á. Gil-Robles, « Le respect de la légalité par les autorités locales en Espagne. Le rôle du Défenseur du Peuple », *E.D.C.E.*, 1993, p. 475.

¹⁴⁸⁰ La compétence du Défenseur du Peuple à l'égard de l'administration autonome est explicitement prévue par l'article 12-1 de la loi organique.

¹⁴⁸¹ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1430 et ss.

¹⁴⁸² En ce sens, v. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2686 ; L. Feltzer Rambaud, « Artículo 9 », *op. cit.*, p. 222.

¹⁴⁸³ Sur ces questions, v. en part. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 188 ; F. Fernández Segado, « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », *op. cit.*, p. 181.

539. De toute évidence, le *Provedor de Justiça* n'a rien à envier à son voisin espagnol. Compétent pour connaître des réclamations des citoyens relatives aux actions ou aux omissions des pouvoirs publics, celui-ci exerce son action, en vertu de l'article 2 du statut du 9 avril 1991, dans le domaine des activités de service de l'administration publique centrale, régionale et locale, des forces armées, des instituts publics, des entreprises publiques ou à capital majoritairement public ou concessionnaires de services publics ou exploitant les biens du domaine public. Partant, aucun secteur de l'administration publique ne semble échapper au contrôle de l'institution portugaise¹⁴⁸⁴.

540. Certes, aux termes de l'article 22-2 du statut, se voient exemptés du contrôle du *Provedor de Justiça*, d'une part, les organes de souveraineté, que sont, outre les tribunaux, le Président de la République, l'Assemblée de la République et le gouvernement¹⁴⁸⁵, d'autre part, les assemblées et les gouvernements des régions autonomes des Açores et de Madère. Mais, à l'image du Défenseur du Peuple, cette exclusion ne saurait être absolue. Toujours selon l'article 22-2 du statut du *Provedor de Justiça*, elle ne vaut que pour l'activité politique poursuivie par ces institutions et ne concerne pas leur activité administrative.

541. Par ailleurs, il apparaît possible d'affirmer, avec le professeur Diogo Freitas do Amaral, que rien n'empêche le *Provedor de Justiça* de connaître de l'activité des autorités administratives indépendantes¹⁴⁸⁶. Car, si ces dernières ne sont pas subordonnées au contrôle du gouvernement, la fonction qu'elles développent n'en présente pas moins une nature administrative¹⁴⁸⁷. De même, il ne fait aucun doute que les personnes privées délégataires ou concessionnaires de services publics se trouvent soumises au contrôle de l'ombudsman portugais¹⁴⁸⁸. En revanche, plus problématique demeure la question, non réglée par le texte constitutionnel et le statut du *Provedor de Justiça*, de savoir si l'expression « pouvoirs publics » inclut les entités publiques de droit privé et les activités de gestion privée de l'administration¹⁴⁸⁹.

542. En France, la doctrine n'a pas manqué de souligner la parenté existante entre le domaine d'intervention du Défenseur des droits et celui de l'ancien Médiateur de la République¹⁴⁹⁰. Chargé, comme il a été souligné, de veiller au respect des droits et libertés par

¹⁴⁸⁴ En ce sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 710.

¹⁴⁸⁵ Les organes de souveraineté sont expressément énumérés par l'article 110-1 de la Constitution de la République portugaise.

¹⁴⁸⁶ Cette affirmation se trouve d'ailleurs confortée par la nouvelle rédaction donnée, par la loi du 18 février 2013 (loi n° 17-2013, *op. cit.*), à l'article 2-1 du statut du *Provedor de Justiça*. Aux termes de cette disposition, les actions du *Provedor* portugais s'exercent sur le domaine d'activité des autorités administratives indépendantes.

¹⁴⁸⁷ D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da atuação do "ombudsman" », *op. cit.*, p. 32. Dans le même sens, v. V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, pp. 113 et ss.

¹⁴⁸⁸ Sur ce point, v. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁸⁹ J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 442.

¹⁴⁹⁰ En ce sens, v. G. Koubi, « Recoins constitutionnels : le "Défenseur des droits" », 2008, [en ligne]. Disponible sur [http://koubi.fr] ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1687 ; J.-C.

les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, le Défenseur des droits se voit effectivement attribuer un domaine de compétence organique étrangement similaire à celui prévu par l'article premier de la loi du 3 janvier 1973 relative au Médiateur de la République¹⁴⁹¹. Illustration, parmi d'autres, de la difficulté ressentie par le constituant à rompre les liens avec le précédent du Médiateur de la République, une telle identité n'est pour autant guère critiquable dès lors que, comme le souligne le professeur André Legrand, le domaine de compétence du Médiateur était défini d'une manière extrêmement large¹⁴⁹².

543. D'autant que, en réalité, la rédaction de l'article 71-1 de la Constitution offre au Défenseur des droits un potentiel d'intervention possiblement plus large que celui de l'ancien Médiateur. A savoir que, s'agissant du Médiateur de la République, l'article 6 de la loi du 3 janvier 1973 exigeait que les réclamations adressées à l'institution mettent en cause une activité de service public¹⁴⁹³, de sorte que se trouvaient exclues de son domaine de compétence les autres activités prises en charges par l'administration, à l'image de la gestion du domaine privé¹⁴⁹⁴. Rien de tel avec le Défenseur des droits dans la mesure où le texte constitutionnel, en précisant que celui-ci « *peut être saisi [...] par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa* », établit une déconnexion entre la notion de service public et lesdits organismes et, ce faisant, permet d'étendre la compétence du Défenseur au-delà de la seule activité de service public poursuivie par les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics.

544. En revanche, et c'est là une limite que le Défenseur des droits partage avec le Médiateur de la République¹⁴⁹⁵, cette même disposition postule qu'il ne suffit pas que les réclamations adressées au Défenseur mettent en cause les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics ou tout organisme investi d'une mission de service public¹⁴⁹⁶. Encore faut-il qu'elles concernent le fonctionnement de ces organismes.

Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁹¹ L'article 1 de la loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi du 3 janvier 1989 (loi n° 89-18, *op. cit.*) prévoyait effectivement : « *Un Médiateur de la République, autorité indépendante, reçoit, dans les conditions fixées par la présente loi, les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public* ».

¹⁴⁹² En ce sens, v. A. Legrand, « Médiateur », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, juin 2001, p. 5.

¹⁴⁹³ « *Toute personne physique ou morale qui estime, à l'occasion d'une affaire la concernant, qu'un organisme visé à l'article premier n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer, peut, par une réclamation individuelle, demander que l'affaire soit portée à la connaissance du Médiateur de la République* ».

¹⁴⁹⁴ Sur cette question, v. : B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, pp. 658 et ss ; B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, pp. 60 et ss.

¹⁴⁹⁵ En ce sens, v. P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *R.D.P.*, 1983, p. 1264.

¹⁴⁹⁶ Disposition constitutionnelle reprise par l'article 5-1 de la loi organique du 29 mars 2011 aux termes duquel « *le Défenseur des droits peut être saisi par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme investi d'une mission de service public* ».

Partant, il y a fort à parier que le Défenseur des droits se refuse, à l'identique de l'ancien Médiateur¹⁴⁹⁷, de connaître des réclamations touchant à l'organisation desdits organismes. Or, on se souvient qu'un tel refus était porteur de sérieuses limites dans le cadre de la protection offerte par le Médiateur de la République, conduisant notamment ce dernier à se déclarer incompétent pour connaître de la catégorie des mesures d'ordre intérieur¹⁴⁹⁸.

545. Embrassant l'administration au sens large, la compétence de surveillance de l'appareil administratif mise à disposition de l'ombudsman connaît néanmoins certains aménagements dans les domaines spécifiques de l'administration militaire et de l'administration de la justice.

b. L'existence d'aménagements dans les domaines spécifiques de l'administration militaire et de la justice

546. Appréhendée de façon on ne peut plus extensive par le droit positif ibérique et français, la compétence de surveillance de l'administration attribuée à l'ombudsman s'étend à l'ensemble des administrations, dont l'administration militaire et l'administration de la justice.

547. S'agissant de l'administration militaire, la compétence de l'institution s'explique logiquement au regard de l'absence, en France et de l'autre côté des Pyrénées, d'un ombudsman équivalent au Délégué parlementaire à la défense du Bundestag allemand.

548. Quant à l'administration de la justice, s'il est évident que le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire interdit aux *ombudsmen* ibériques et français de s'immiscer dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et, ce faisant, de remettre en cause les actes matériellement juridictionnels adoptés par les tribunaux¹⁴⁹⁹, dont les décisions de justice¹⁵⁰⁰, une telle interdiction ne concerne pas l'activité purement administrative de ces tribunaux, c'est-à-dire les prestations de service public de la justice. Ce faisant, le Défenseur du Peuple, le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits, dans une perspective de bonne administration de la justice¹⁵⁰¹, peuvent connaître de problématiques affectant les droits fondamentaux du justiciable, tels que des délais excessifs de jugement ou des pertes de dossiers judiciaires.

¹⁴⁹⁷ Sur ce point, v. B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, pp. 58 et ss.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 58.

¹⁴⁹⁹ Afin de différencier la fonction administrative de la fonction juridictionnelle du pouvoir judiciaire et, ainsi, déterminer le domaine de compétence de l'ombudsman, Maria Lúcia Amaral propose de privilégier une approche matérielle à une approche formelle consistant à identifier quels sont les actes matériellement juridictionnels, lesquels sont, par définition, exclus du champ de compétence de l'institution (« O Provedor de Justiça e o poder judicial », in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, *op. cit.*, pp. 46 et ss.).

¹⁵⁰⁰ A. Salgado de Matos, « O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa », *op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁰¹ Sur la bonne administration de la justice, le lecteur pourra utilement se référer à : N. Laval, « La bonne administration de la justice », *Petites affiches*, 1999, n° 160, p. 12 ; J. Robert, « La bonne administration de la justice », *op. cit.*, p. 117.

549. Toutefois, compte tenu de la spécificité de ces deux matières, des atténuations ont été apportées à la compétence générale de surveillance de l'administration dont dispose l'ombudsman.

550. L'administration militaire. Dans ce domaine, sont susceptibles d'être opposées au Défenseur du Peuple et au Défenseur des droits les exigences tenant à la sauvegarde de la défense nationale¹⁵⁰².

551. L'article 14 de la loi organique du 6 avril 1981 consacre à ce titre un principe général interdisant au Défenseur du Peuple, lorsqu'il intervient dans le domaine de l'administration militaire au titre de sa fonction de protection des droits proclamés dans le titre premier de la Constitution, de porter entrave au commandement de la défense nationale¹⁵⁰³. Devant être interprété, selon le professeur Pedro Carballo Armas, à l'aune des dispositions de la loi organique du 1^{er} juillet 1980 relative aux critères de régulation de la Défense nationale et de l'organisation militaire¹⁵⁰⁴, le concept de défense nationale renvoie aux fonctions politiques assumées par le Conseil de la défense nationale, telles que la définition d'objectifs stratégiques et la délimitation des lignes directrices de la politique militaire¹⁵⁰⁵.

552. Dans un sens relativement proche, la loi organique relative au Défenseur des droits prévoit que, d'une part, peut être opposé au pouvoir d'information de l'institution le secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure¹⁵⁰⁶, d'autre part, l'autorité compétente peut refuser, en raison de motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique, une vérification sur place du Défenseur dans les locaux administratifs d'une personne publique¹⁵⁰⁷.

553. L'administration de la justice. En cette matière, la limitation de la compétence de l'ombudsman ne concerne que le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple. Tandis que le Défenseur des droits est susceptible d'intervenir directement auprès des juridictions en vue de faire cesser une pratique administrative attentatoire aux droits fondamentaux, les deux institutions ibériques se limitent à réceptionner les plaintes relatives au mauvais

¹⁵⁰² Au Portugal, il ne semble pas exister de limitation équivalente s'agissant du *Provedor de Justiça*. Au contraire, la loi du 13 mai 1995 relative à l'accès des militaires au *Provedor de Justiça* consacre un régime relativement libéral dans le domaine de l'administration militaire, visant notamment à faciliter la saisine de l'ombudsman portugais pour les militaires. Cette spécificité de l'état du droit positif portugais tient peut être à la volonté initialement exprimée par le parti socialiste, à la sortie de la dictature salazariste, de créer un ombudsman militaire en parallèle au *Provedor de Justiça* (sur ce point, v. T. Duarte, « O Provedor de Justiça et o Conselho de Estado », *op. cit.*, p. 83).

¹⁵⁰³ Sur les limites de la compétence du Défenseur du Peuple dans le domaine de l'administration militaire, v. en part. : M. Chacón Alonso, « El Defensor del Pueblo y Administración militar », *R.E.D.M.*, 1988, n° 52, p. 339 ; Á.L. Ortiz González, « Artículo 14 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 363.

¹⁵⁰⁴ Loi organique n° 6-1980 du 1^{er} juillet 1980, *B.O.E.* du 10 juillet 1980, p. 15750.

¹⁵⁰⁵ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹⁵⁰⁶ Art. 20.

¹⁵⁰⁷ Art. 22-II.

fonctionnement de la justice pour les adresser, assorties le cas échéant de recommandations, aux autorités judiciaires compétentes pour en connaître.

554. En Espagne, l'article 13 de la loi organique du Défenseur du Peuple précise que lorsque l'institution reçoit des plaintes concernant le fonctionnement de la justice, elle doit les remettre au Ministère public qui apprécie leur recevabilité et, en fonction du genre de réclamation, prend les mesures pertinentes ou les transmet au Conseil général du pouvoir judiciaire¹⁵⁰⁸. Il en résulte que les plaintes relatives au mauvais fonctionnement de l'administration de la justice ne sauraient faire l'objet d'enquêtes du Défenseur du Peuple et, *a fortiori*, être directement résolues par ce dernier. Conçue pour sauvegarder l'indépendance formelle du pouvoir judiciaire¹⁵⁰⁹, cette procédure particulièrement complexe, traduisant les difficultés rencontrées par les autorités normatives espagnoles pour faire face aux éventuels risques de conflits entre le Défenseur du Peuple et le Ministère public¹⁵¹⁰, est cependant loin de faire l'unanimité¹⁵¹¹.

555. Au Portugal, également, bien que le *Provedor de Justiça* se trouve en mesure de contrôler l'activité administrative de l'autorité judiciaire, y compris du Ministère public¹⁵¹², l'article 22-3 du statut du 9 avril 1991 impose que les plaintes lui étant adressées en cette matière soient traitées, selon la nature de la réclamation considérée, à travers le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil supérieur du Ministère public ou le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et fiscaux¹⁵¹³.

556. Malgré de tels aménagements dans les domaines spécifiques de l'administration militaire et de la justice, la compétence de l'ombudsman spécialisé à l'égard de l'administration publique n'en demeure pas moins particulièrement large. Ce dernier est également en mesure de connaître de l'action du législateur.

¹⁵⁰⁸ Pour une approche approfondie de cette problématique, v. not. : C. Granados Pérez, « Defensor del Pueblo y administración de justicia (La supervisión de la administración de justicia) », in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, op. cit., pp. 219 et ss ; Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 333.

¹⁵⁰⁹ Á. Gil-Robles, « Le Défenseur du Peuple espagnol et la justice », *R.F.A.P.*, 1992, p. 665

¹⁵¹⁰ Dans la mesure où l'article 124.1 de la Constitution espagnole confie au ministère public la mission de « promouvoir l'action de la justice en défense de la légalité, des droits des citoyens et de l'intérêt public protégé par la loi, d'office ou à la demande des intéressés », la problématique du risque de conflit entre ce dernier et le Défenseur du Peuple a effectivement occupé une place centrale au sein des débats constitutifs (en ce sens, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), op. cit., pp. 87 et ss.).

¹⁵¹¹ V. *infra*, n° 1411-1413.

¹⁵¹² L. Lingnau da Silveira, « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », op. cit., pp. 836 et ss.

¹⁵¹³ Sur cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : M.L. Amaral, « O Provedor de Justiça e o poder judicial », op. cit., pp. 41 et ss ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una institución secular*, op. cit., pp. 171 et ss ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », op. cit., p. 712.

2. Le législateur, domaine de compétence secondaire de l'ombudsman spécialisé

557. Trop souvent reléguée au second plan par la doctrine, pour ne pas dire ignorée¹⁵¹⁴, la compétence de l'ombudsman spécialisé à l'égard du législateur n'apparaît pas directement à l'observateur peu familiarisé avec l'institution. Hormis le *Provedor de Justiça*, compétent pour connaître de l'activité de l'ensemble des pouvoirs publics en vertu de l'article 23 de la Constitution, les dispositions constitutionnelles et législatives nationales semblent effectivement limiter le domaine d'intervention organique de l'institution à la surveillance de l'activité de l'administration publique. Pour autant, la capacité de l'*human rights ombudsman* à garantir l'effectivité des droits fondamentaux contre l'action du législateur est bien réelle. Elle peut être découverte à la lecture des dispositions textuelles relatives aux prérogatives de l'institution. En ce sens que deux catégories de prérogatives, expressément attribuées à l'ombudsman afin de mener à bien sa mission de protection des droits fondamentaux, permettent à celui-ci d'orienter directement son action à l'encontre du législateur¹⁵¹⁵.

558. La première de ces prérogatives, commune aux trois systèmes juridiques objets de l'étude, réside dans la capacité de l'institution à signaler les imperfections législatives et, surtout, à adresser des recommandations au législateur afin que celui-ci modifie une loi potentiellement attentatoire aux droits de la personne humaine ou adopte une disposition nécessaire à la concrétisation d'un droit fondamental.

559. La seconde de ces prérogatives, spécifique à la péninsule ibérique, tient à la capacité du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple de saisir le Tribunal constitutionnel, organe privilégié de protection des droits fondamentaux contre l'action du législateur, de recours en inconstitutionnalité contre les lois.

560. A cette capacité de contrôle de l'action du législateur s'ajoute, pour le Défenseur des droits et le *Provedor de Justiça*, une compétence encore plus originale de protection des droits fondamentaux dans les rapports individuels privés.

3. Les rapports entre personnes privées, domaine de compétence spécifique au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça*

561. L'octroi d'une compétence de résolution des différends entre personnes privées à l'*human rights ombudsman*, compétence par définition étrangère au modèle classique de l'ombudsman, peut à première vue surprendre. Elle n'en demeure pas moins légitime dès l'instant où les droits fondamentaux produisent non seulement des « effets verticaux », c'est-à-dire dans les rapports entre les pouvoirs publics et les individus, mais également des « effets

¹⁵¹⁴ La doctrine portugaise fait toutefois office d'exception. En ce sens, v. : M. Rebelo de Sousa, « O papel do Provedor de Justiça na feitura dos leis », in *Sessão comemorativa, na Assembleia da República, em 30 de novembro de 1995, Provedor de Justiça – 20º aniversário 1975-1995, op. cit.*, p. 75 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular, op. cit.*, pp. 159-170.

¹⁵¹⁵ Afin de ne pas anticiper outre mesure sur les développements à venir, les propos se veulent volontairement succincts. Pour une étude approfondie de ces deux prérogatives, v. *infra*, n° 723-726 et 757 et ss.

horizontaux », dans les rapports entre personnes privées, ce que la doctrine allemande a coutume d'appeler *Drittwirkung*¹⁵¹⁶. De surcroît, et comme le fait très justement remarquer le professeur Xavier Philippe, il y a de fortes chances que, à l'avenir, les défis des droits fondamentaux se situent davantage sur le terrain des relations individuelles privées que dans la sphère des rapports classiques entre individus et autorités publiques¹⁵¹⁷. Dans ces conditions, la possibilité donnée au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça* de connaître des atteintes portées aux droits fondamentaux dans leurs rapports horizontaux entre personnes privées, à la différence du Défenseur du Peuple qui, pour sa part, s'inscrit dans la continuité du modèle originel de l'ombudsman, se révèle salutaire. Elle interroge toutefois sur la capacité de l'institution à répondre à l'ensemble des réclamations qui lui seront adressées dans la mesure où une telle extension de son domaine de compétence alourdit inévitablement la tâche qui lui est dévolue.

562. S'agissant du Défenseur des droits, une telle compétence est rendue possible par le premier alinéa de l'article 71-1 de la Constitution. En précisant que le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par tout organisme à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences, cette disposition permet, en effet, à la nouvelle institution de protéger les droits de l'individu dans le cadre de relations purement privées¹⁵¹⁸, à charge pour le législateur de déterminer l'étendue exacte de cette compétence. A l'origine, le Sénat proposait de limiter la capacité du Défenseur à connaître des agissements des personnes privées aux seules hypothèses d'atteintes aux droits et libertés intervenant en matière de protection de l'enfance, de discriminations et de surveillance du respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. Autrement dit, au domaine d'activité des anciennes autorités administratives indépendantes, autres que le Médiateur de la République, intégrées au sein de la nouvelle institution¹⁵¹⁹. Mais, finalement, la commission des lois de l'Assemblée nationale, saisie d'un amendement déposé par le rapporteur Pierre Morel-A-L'Huissier¹⁵²⁰, étendra cette capacité à l'ensemble du champ d'intervention de l'institution.

563. Il convient toutefois de reconnaître que la rédaction d'ensemble donnée à l'article 5 de la loi organique ne brille pas par sa clarté. Si son alinéa 6 prévoit effectivement que « *le Défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées* », la formulation de son premier alinéa laisse, en revanche, penser, à tort évidemment, que

¹⁵¹⁶ Pour une étude approfondie de la problématique des effets horizontaux des droits fondamentaux, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2003 ; D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*

¹⁵¹⁷ X. Philippe, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 218.

¹⁵¹⁸ En ce sens, v. : P. Gelard, *Rapport n° 482*, *op. cit.*, p. 23 ; A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *op. cit.*, p. 1871.

¹⁵¹⁹ L'article 5-6 du texte adopté en deuxième lecture par le Sénat, le 2 février 2011, prévoyait, en effet, que dans les cas mentionnés à ses deuxième, troisième et quatrième alinéas, c'est-à-dire les domaines de la protection de l'enfance, des discriminations et de l'égalité, de la déontologie et de la sécurité, le Défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr].

¹⁵²⁰ Amendement en commission des lois CL 116 enregistré le 9 février 2011 [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr].

s'agissant de la fonction générale de protection des droits et libertés attribuée à l'institution, les relations entre les personnes privées échappent au domaine d'intervention du Défenseur¹⁵²¹. En réalité, ce n'est qu'à la lecture de l'exposé des motifs de l'amendement déposé par le rapporteur Pierre Morel-A-L'Huissier que l'on comprend véritablement la volonté du législateur. Ce dernier précisant que « *le Défenseur peut, en toutes matières, être saisi des agissements de personnes publiques comme de personnes privées, alors que le texte du Sénat semble l'exclure pour l'exercice des compétences actuellement confiées au Médiateur de la République* »¹⁵²².

564. Concernant le *Provedor de Justiça*, celui-ci est susceptible de connaître, depuis l'adoption de la loi du 14 août 1996¹⁵²³, des relations entre particuliers traduisant une relation spéciale de domination dans le domaine des droits, libertés et garanties¹⁵²⁴. Cette extension de la compétence du *Provedor de Justiça*, qui ne va pas sans soulever certains doutes quant à sa constitutionnalité pour certains auteurs¹⁵²⁵, implique de déterminer la signification exacte de l'expression « relation spéciale de domination », dans la mesure où cette dernière conditionne l'intervention de l'institution portugaise. Selon les professeurs José Joaquim Gomes Canotilho et Vital Moreira, il s'agit des relations de pouvoir ou de dépendance similaires à celles que l'on peut trouver au sein des rapports entre particuliers et pouvoirs publics¹⁵²⁶. En somme, l'ensemble des hypothèses révélant une situation inégalitaire entre les parties, à l'image des rapports entre salariés et employeurs, enfants et parents ou, encore, consommateurs et sociétés de distributions¹⁵²⁷.

565. Répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie des droits et libertés, l'*human rights ombudsman* se distingue du modèle originel de l'ombudsman scandinave au regard de sa fonction renouvelée de garantie des droits fondamentaux. Appréhendée on ne peut plus largement par la France et les pays ibériques,

¹⁵²¹ « *Le Défenseur des droits peut être saisi par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans ses droits et libertés par le fonctionnement d'une administration de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme investi d'une mission de service public* ».

¹⁵²² Il importe néanmoins de constater que s'agissant de sa fonction de défense des droits et libertés dans le cadre des relations avec les services publics, le Défenseur des droits semble retenir une interprétation relativement restrictive de l'étendue de sa compétence. Le rapport d'activité de l'institution pour l'année 2011 indique, en effet, qu'en cette matière « *la compétence du Défenseur des droits est davantage encadrée : par principe, il ne peut se saisir que de questions mettant en cause des services publics, c'est-à-dire une administration de l'État, une collectivité territoriale, un établissement public ou un organisme investi d'une mission de service public* » (*Rapport annuel 2011*, p. 19, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

¹⁵²³ Loi n° 30-96 du 14 août 1996, *op. cit.*

¹⁵²⁴ Cette compétence est expressément prévue par l'article 2-2 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁵²⁵ En ce sens, v. par ex. D. Freitas Do Amaral, « *Pressupostos éticos, políticos e jurídicos na acção do Ombudsman* », in *VII Congresso anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman – Novas competências. Novas funções*, Lisboa, 18 a 20 de novembro de 2002, Lisboa, 2004, pp. 225 et ss. Pourtant, une telle compétence se révèle en parfaite adéquation avec l'article 18-1 de la Constitution portugaise. En effet, en affirmant que « *les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables et s'imposent aux organismes publics et privés* », cette disposition reconnaît explicitement la théorie du *Drittwirkung*.

¹⁵²⁶ Cité par C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁵²⁷ Pour une étude approfondie de la protection des droits fondamentaux dans leurs rapports horizontaux entre personnes privées par le *Provedor de Justiça*, v. en part. J. Reis Novais, « *A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados* », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, *op. cit.*, p. 227.

cette fonction bénéficie non seulement à l'ensemble des droits fondamentaux, mais également à tous leurs destinataires. En outre, elle s'impose à la majorité des débiteurs des droits de la personne humaine. Certes, en France, la seule référence à la notion de droits et libertés, en lieu et place de celle de droits fondamentaux, la persistance d'une filiation entre le Défenseur des droits et les autorités indépendantes qu'il regroupe, ainsi que la dénomination finalement retenue de l'institution laissent un certain goût d'inachevé. Pour autant, une lecture approfondie et conjointe des dispositions constitutionnelles et législatives relatives à cette nouvelle institution permet de constater que c'est bien une fonction privilégiée de protection des droits de la personne humaine dont est pourvu le Défenseur des droits. La seule attribution d'une fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux ne saurait néanmoins suffire. L'ombudsman spécialisé doit également bénéficier d'un statut approprié à cette fonction.

Section 2 – Un statut approprié à la protection des droits fondamentaux

566. Conditionnant dans une large mesure l'effectivité de la fonction de protection des droits fondamentaux attribuée à l'institution, le statut dont se trouve revêtu l'*human rights ombudsman*, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions intéressant ses moyens, son organisation ainsi que son degré d'indépendance et d'autonomie, se révèle étroitement similaire à celui du modèle originel scandinave. De sorte qu'à un bouleversement fonctionnel profond de l'institution correspond, en revanche, un remaniement statutaire relatif. Or, et c'est là l'essentiel, l'ombudsman spécialisé, en tant qu'il se rapproche sur ce point du modèle scandinave, semble en mesure de se prévaloir d'un statut globalement approprié à l'exercice de la mission qui lui est dévolue. Evidemment, certains éléments varient d'un système juridique à l'autre. En France, notamment, le Défenseur des droits laisse transparaître certaines insuffisances, spécialement sur le terrain de la nomination du représentant de l'institution. Les analogies avec le *parliamentary ombudsman* n'en demeurent pas moins particulièrement nombreuses. A l'instar de son cousin scandinave, l'ombudsman spécialisé se présente, en effet, comme une institution indépendante et autonome, constitutionnellement consacrée (§ 1), qui bénéficie de ressources propres (§ 2) et dispose d'une organisation cohérente et adaptée à sa fonction de protection des droits fondamentaux (§ 3).

§ 1. Une institution indépendante et autonome constitutionnellement consacrée

567. Appréhendée, à juste titre, par Catarina Sampaio Ventura comme l'oxygène de l'institution¹⁵²⁸, l'indépendance se présente certainement comme la condition préalable indispensable au succès de la fonction de protection des droits de la personne humaine attribuée à l'ombudsman spécialisé¹⁵²⁹. Soucieux de garantir au mieux cette exigence, les pays

¹⁵²⁸ C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵²⁹ En réalité, c'est là une qualité que doit réunir toute institution poursuivant une mission de protection des droits fondamentaux. En ce sens, le professeur Charles Eisenmann souligne à propos des membres des cours constitutionnelles : « ce qu'il faut à tout prix garantir c'est l'indépendance des juges qui est, la condition, sinon suffisante, du moins nécessaire de l'impartialité, celle qui fera, non pas que les juges soient impartiaux, mais qu'ils ne soient pas empêchés de l'être, s'il est en eux de l'être » (Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 176).

ibériques et la France ont multiplié les garde-fous, à commencer par l'inscription de l'institution au sein du texte constitutionnel. En cela, l'*human rights ombudsman* renoue avec le modèle originel suédois et finlandais dans la mesure où, à l'occasion du mouvement de diffusion de l'ombudsman dans le monde à la sortie de la Seconde Guerre mondiale, la plupart des pays réceptionnant l'institution, à l'image de la Grande-Bretagne, ont privilégié la voie législative à la procédure constitutionnelle.

568. Certes, s'agissant du *Provedor de Justiça*, la décision fut initialement prise de consacrer l'institution au sein d'un simple décret-loi¹⁵³⁰. Mais ce choix trouve une explication logique au regard du besoin ressenti par le Portugal, dans le cadre du processus de transition vers la démocratie, de recourir à l'ombudsman avant même d'avoir adopté la nouvelle structure constitutionnelle du pays. Aussi le constituant n'a-t-il pas manqué, malgré l'existence de certains désaccords entre les différents courants politiques¹⁵³¹, d'inscrire le *Provedor de Justiça* au sein de la norme suprême dès l'adoption de la Constitution de 1976. Quant au Défenseur des droits, il est intéressant de souligner que son introduction au sein du système juridique français met un terme à une longue hésitation quant à la nécessité d'intégrer au sein de la Constitution certaines autorités administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux¹⁵³².

569. Pour autant, la seule consécration constitutionnelle ne saurait suffire pour garantir l'indépendance de l'ombudsman (A). C'est pourquoi les autorités normatives ibériques et françaises ont également prévu un régime juridique particulièrement protecteur du titulaire de la fonction (B).

A. Une reconnaissance constitutionnelle insuffisante pour garantir l'indépendance de l'institution

570. Considéré par certains auteurs¹⁵³³, dont l'ancien Médiateur de la République Jacques Pelletier¹⁵³⁴, comme un gage irréfragable d'indépendance de l'institution, le statut constitutionnel s'avère, en réalité, insuffisant à lui seul pour s'assurer de l'absence de soumission de l'ombudsman à l'autorité des pouvoirs exécutif et législatif, voire judiciaire.

¹⁵³⁰ Décret-loi n° 261-74 du 18 juin 1974, *op. cit.*

¹⁵³¹ Sur ce point, v. not. F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 17.

¹⁵³² On se souvient de la Lettre adressée en 1988 par François Mitterrand à tous les français, à travers laquelle le Président de la République militait en faveur de l'inscription du Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le marbre constitutionnel (en ce sens, v. Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4). Quelques années plus tard, ce dernier se demandait s'il ne convenait pas d'« intégrer dans la Constitution des institutions qui n'existaient pas en 1958 et qui ont pour mission de préserver les libertés et les droits individuels [...] ». La question s'était alors posée au Comité Vedel de 1993 qui n'avait pas jugé bon d'engager la réforme sur ce chemin (rapporté par W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnalisée ? », *op. cit.*, p. 119).

¹⁵³³ En ce sens, v. : Ph. Bardiaux, « Le modèle continental », in Epaminondas A. Marias (éd.), *The European Ombudsman*, *op. cit.*, p. 8 ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 545.

¹⁵³⁴ En 1992, Jacques Pelletier écrivait, en effet, que « l'introduction du Médiateur dans la Constitution consacrerait son statut d'indépendance » (« Vingt ans de médiation à la française », *op. cit.*, p. 606).

Facteur de pérennisation et de légitimation de l'institution davantage que d'indépendance (1), l'inscription de l'*human rights ombudsman* au sein du texte constitutionnel interroge surtout quant à la nature juridique de cet organe non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux (2).

1. Un facteur de pérennisation et de légitimation davantage que d'indépendance

571. En précisant, à travers sa décision du 29 mars 2011, que le Défenseur des droits « constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution »¹⁵³⁵, le Conseil constitutionnel semble établir un lien étroit entre statut constitutionnel et indépendance de la nouvelle institution. De toute évidence, l'affirmation se doit d'être, sinon nuancée, du moins précisée. Si la constitutionnalisation de l'*human rights ombudsman* favorise « l'aménagement d'une garantie d'indépendance »¹⁵³⁶, spécialement dans le cas du *Provedor de Justiça* où l'article 23-3 de la Constitution précise que ce dernier se présente comme une personnalité indépendante¹⁵³⁷, il faut bien reconnaître que la seule inscription de l'institution au sein du texte constitutionnel ne saurait suffire à en garantir effectivement l'indépendance. Comme le rappelle très justement le professeur Aude Rouyère, l'indépendance d'une institution tient davantage à son régime juridique qu'à la nature du texte qui en reconnaît l'existence¹⁵³⁸. En revanche, la constitutionnalisation encourage un double mouvement de pérennisation et de légitimation de l'institution.

572. Pérennisation, d'une part, en ce sens que l'inscription de l'ombudsman dans le marbre de la Loi fondamentale permet de placer définitivement celui-ci à l'abri du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif¹⁵³⁹ et, ce faisant, « des vicissitudes de la vie politique »¹⁵⁴⁰. En effet, supposant une révision de la Constitution pour être supprimée ou voir ses caractéristiques essentielles modifiées¹⁵⁴¹, l'institution survit nécessairement aux alternances politiques et aux changements de majorité¹⁵⁴², étant donné que « les normes constitutionnelles, au sommet de notre ordonnancement juridique, bénéficient [...] d'une protection plus rigoureuse : un verrouillage technique des procédures de révision leur garantit une rigidité et, par

¹⁵³⁵ Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, J.O. du 30 mars 2011, p. 5507 ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 646, S. Brondel ; *Petites affiches*, 2012, n° 152, note A.-L. Cassard-Valembois ; *A.J.D.A.*, 2011, p. 817, tribune B. Delaunay ; *J.C.P. G.*, 2011, n° 17, p. 823, étude M. Verpeaux.

¹⁵³⁶ A. Rouyère, « Faut-il faire figurer les autorités administratives indépendantes dans la Constitution ? », *op. cit.*, p. 58.

¹⁵³⁷ Cette précision, qui n'existait pas à l'origine, résulte de la loi constitutionnelle n° 1-89 du 8 juillet 1989, *D.R. série I*, du 8 juillet 1989, p. 2734.

¹⁵³⁸ A. Rouyère, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵³⁹ En ce sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 824.

¹⁵⁴⁰ S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 506.

¹⁵⁴¹ Sur cette question, v. not. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 124-125 ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, pp. 547-548 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1685 ; J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 316.

¹⁵⁴² Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, p. 240.

conséquent, une stabilité certaine »¹⁵⁴³. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le régime juridique du *Provedor de Justiça*, à l'image d'ailleurs de celui du Défenseur du Peuple, n'ait connu pratiquement aucune altération depuis la consécration de l'institution au sein de la norme suprême¹⁵⁴⁴.

573. Légitimation, d'autre part, car constitutionnaliser l'institution de l'ombudsman, c'est la faire entrer au plus haut niveau de l'ordonnement juridique et, partant, reconnaître « *le caractère éminent de sa fonction* »¹⁵⁴⁵. Porteur d'une charge symbolique évidente¹⁵⁴⁶, le choix d'inscrire l'ombudsman au cœur du texte constitutionnel revient, en effet, à proclamer que celui-ci « [...] *n'est pas une autorité de "second ordre", créée en marge des pouvoirs classiques* »¹⁵⁴⁷, mais, au contraire, une institution susceptible de prétendre, au même titre que les organes constitutionnels, à une véritable légitimité.

574. Facteur de pérennisation et de légitimation davantage que d'indépendance de l'institution, le statut constitutionnel de l'*human rights ombudsman* interpelle, avant tout, sur la nature juridique de l'institution.

2. Un facteur d'interrogation quant à la nature juridique de l'institution

575. La consécration de l'ombudsman spécialisé au sein même de la norme suprême interroge inévitablement le constitutionnaliste quant à la nature juridique de l'institution. Toute la difficulté étant de déterminer si l'*human rights ombudsman*, en tant qu'institution prenant place au cœur du texte constitutionnel, doit être considéré comme un organe constitutionnel, c'est-à-dire une « *institution dotée d'une attribution constitutionnelle lui permettant d'exercer la souveraineté* »¹⁵⁴⁸, voire un quatrième pouvoir constitutionnel. Bien que les solutions varient sensiblement selon le système juridique considéré, il convient d'ores et déjà de préciser que seule la France, depuis l'examen de la loi organique relative au Défenseur des droits par le Conseil constitutionnel, peut se prévaloir d'une position officielle sur la question. Sur la péninsule ibérique, en effet, le laconisme des textes de référence et le silence du juge laissent la place, spécialement au Portugal, à des interprétations doctrinales pour le moins diverses et variées.

576. En France, l'article 2 alinéa 1 de la loi organique du 29 mars 2011, en qualifiant le Défenseur des droits d'« *autorité constitutionnelle indépendante* », semble annoncer l'apparition d'une institution d'un nouveau genre, distincte des autorités administratives indépendantes de par sa nature constitutionnelle et, ce faisant, susceptible de basculer du côté

¹⁵⁴³ Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴⁴ T. Duarte, « O Provedor de Justiça et o Conselho de Estado », *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁴⁵ J. Pelletier, « Vingt ans de médiation à la française », *op. cit.*, p. 606.

¹⁵⁴⁶ En ce sens, v. S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 506.

¹⁵⁴⁷ Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁴⁸ E. Carpentier, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, L.G.D.J., 2006, p. 129.

des pouvoirs constitutionnels¹⁵⁴⁹. Ce n'est toutefois pas l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel. A l'occasion de l'examen du texte de loi, le juge constitutionnel a effectivement pris soin de préciser que le législateur organique, en érigeant le Défenseur des droits en « *autorité constitutionnelle indépendante* », se contente de rappeler que la nouvelle institution constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution, ce qui n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels¹⁵⁵⁰.

577. S'il faut trouver une justification à la position du Conseil, il semble que ce soit à travers le principe de l'autonomie financière. A savoir que le Défenseur des droits, au même titre que le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil d'État, la Cour des comptes et le Conseil économique, social et environnemental ne peut, pour des raisons liées à l'absence d'autonomie financière, bénéficier de la qualification de pouvoir public constitutionnel, alors même que son existence est prévue dans la Constitution. Cette qualité, bornée par le Conseil constitutionnel lui-même, à l'occasion de sa décision du 25 juillet 2001¹⁵⁵¹, 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. Quoi qu'il en soit, l'affaire est entendue. Pour le Conseil constitutionnel « *c'est l'indépendance qui est constitutionnelle davantage que l'autorité* »¹⁵⁵². Par conséquent, « *si les autorités indépendantes peuvent, à l'occasion, se hisser au rang constitutionnel par leur origine, elles conservent [...] en toute hypothèse une nature administrative et ne s'accompagnent d'aucun régime juridique propre* »¹⁵⁵³.

578. Il s'ensuit que le Défenseur des droits, à l'instar des autorités qu'il regroupe, n'est ni plus ni moins qu'une autorité administrative indépendante. Or, déjà observée à l'époque s'agissant du Médiateur de la République¹⁵⁵⁴, une telle qualification par défaut n'est pas des plus heureuses. En rapatriant le nouveau Défenseur dans la catégorie des autorités

¹⁵⁴⁹ Sur ces questions, v. : B. Delaunay, « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », *A.J.D.A.*, 2011, p. 817 ; R. Noguellou, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁵⁰ Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *op. cit.*

¹⁵⁵¹ Cons. const., décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, *Rec. p. 99, J.O.* du 2 août 2001, p. 12490.

¹⁵⁵² B. Delaunay, *op. cit.*, p. 817.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ Dans sa jurisprudence *Retail*, le Conseil d'Etat a effectivement procédé par élimination pour aboutir à la conclusion selon laquelle le Médiateur de la République est une autorité administrative « *en raison notamment de son mode de nomination* » (C.E. Ass., 10 juillet 1981, *op. cit.* ; *D.*, 1981, p. 622, note Y. Gaudemet ; *R.D.P.*, 1981, p. 1687, note J.-M. Auby). Ceci apparaît très clairement à la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement Michel Franc. Constatant que le Médiateur ne relève ni du pouvoir judiciaire, dans la mesure où il ne dispose d'aucune prérogatives juridictionnelles, ni du pouvoir législatif, puisqu'il est nommé par le pouvoir exécutif, le commissaire du gouvernement considère que l'institution ne peut être rattachée qu'au pouvoir exécutif (en ce sens, v. M. Franc, « concl. sur C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail* », *R.D.P.*, 1981, p. 1441). Position fortement contestée par certains auteurs, dont le professeur Bénédicte Delaunay qui estime : « *S'il faut absolument classer le Médiateur, c'est au législatif, plus qu'à l'exécutif, que le rattachement semblerait naturel. Le Médiateur peut en effet être considéré comme un auxiliaire des députés dans leur rôle d'intercesseur auprès de l'administration, et du Parlement dans sa fonction de contrôle de l'exécutif, en raison de ses relations privilégiées avec les assemblées [...]. Certes, le Parlement n'intervient aucunement dans la désignation du Médiateur et ne joue aucun rôle dans la procédure d'empêchement, mais il ne faut pas confondre ces éléments statutaires avec la fonction qu'il exerce* » (*Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 42).

administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel opère effectivement « *une lecture "déconstructive" de la loi organique* »¹⁵⁵⁵ et, ce faisant, coupe court à toute possibilité de dépassement de cette catégorie juridique¹⁵⁵⁶. D'autant que, comme le souligne le professeur Michel Verpeaux, « *ce n'est pas la première fois que le Conseil "déqualifie" une instance indépendante que le législateur s'évertue à désigner selon des expressions choisies* »¹⁵⁵⁷. Sa décision du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet en est une illustration topique¹⁵⁵⁸. Alors que le législateur entendait préciser que la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, catégorie spécialement créée pour les autorités intervenant dans un secteur distinct du monde administratif, le Conseil, pour sa part, s'est proposé d'assimiler la nouvelle autorité à la catégorie des autorités administratives indépendantes¹⁵⁵⁹.

579. La décision du Conseil constitutionnel a toutefois le mérite de délimiter les contours de la nature juridique du Défenseur des droits, ce qui n'est pas le cas au Portugal où, exception faite de la précision apportée par l'article 1-1 du statut du 9 avril 1991, selon laquelle le *Provedor de Justiça* est un organe de l'Etat, aucune disposition textuelle, pas plus que jurisprudentielle, ne définit expressément la nature juridique de l'institution. Aussi est-ce le flou le plus total qui prédomine au sein de la doctrine, le silence des textes et de la jurisprudence laissant libre cours à la formulation d'appréciations diverses. Tandis que certains auteurs hésitent¹⁵⁶⁰ ou évitent toute tentative de qualification¹⁵⁶¹, d'autres voient dans le *Provedor de Justiça* une simple autorité administrative indépendante¹⁵⁶², lorsqu'ils ne préfèrent pas, par prudence, la formule de magistrature d'opinion ou d'influence¹⁵⁶³.

580. Mais la qualification la plus communément admise par la doctrine portugaise demeure cependant celle d'organe constitutionnel¹⁵⁶⁴. Or, ici également, les controverses sont nombreuses. D'aucuns évoquent un organe constitutionnel indépendant susceptible d'être qualifié de quatrième pouvoir de l'Etat, au côté des trois pouvoirs classiques que sont le

¹⁵⁵⁵ M. Verpeaux, « Il est né le Défenseur des droits. – A propos des lois du 29 mars 2011 », *op. cit.*, p. 826.

¹⁵⁵⁶ Sur ce point, v. J.-L. Autin, « Le statut du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 421.

¹⁵⁵⁷ M. Verpeaux, *op. cit.*, p. 826.

¹⁵⁵⁸ Cons. const., décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *Rec.* p. 107, *J.O.* du 13 juin 2009, p. 9675.

¹⁵⁵⁹ L'analyse de la décision proposée sur le site du Conseil constitutionnel précise, en effet, que la qualification d'autorité publique donnée à l'Hadopi « *ne la distingue pas, selon le Conseil constitutionnel, des autres autorités administratives indépendantes* » (Commentaire de la décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009 Loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet, p. 3, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.conseil-constitutionnel.fr>]).

¹⁵⁶⁰ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, *op. cit.*, pp. 502 et 552.

¹⁵⁶¹ V. Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra editor, 1997, pp. 126 et ss.

¹⁵⁶² C. Blanco de Moraes, « As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa », *Revista da Ordem dos Advogados*, janeiro 2001, Ano 61, p. 129 ; M. Rebelo de Sousa, *Lições de Direito*, Lisboa, 1994-1995, p. 337.

¹⁵⁶³ E. Alvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 4^{ème} éd., 2003, p. 551.

¹⁵⁶⁴ En ce sens, v. : F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 19 ; J. Miranda, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 45 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 124.

législatif, le judiciaire et l'exécutif¹⁵⁶⁵. Cette position, similaire à celle de la Cour suprême canadienne¹⁵⁶⁶, tend à rapprocher le *Provedor de Justiça* de l'ombudsman vénézuélien, appréhendé par la Constitution bolivarienne du Venezuela du 30 décembre 1999 comme l'un des cinq pouvoirs publics avec les pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire et électoral¹⁵⁶⁷. D'autres, moins aventureux, privilégient la qualification d'organe constitutionnel de nature particulière¹⁵⁶⁸ en s'appuyant sur le fait que l'ombudsman portugais, s'il ne se trouve pas placé dans une situation de subordination vis-à-vis des organes de souveraineté¹⁵⁶⁹, ne possède pas pour autant la qualité d'organe de souveraineté¹⁵⁷⁰. Prévu par l'article 110 de la Constitution portugaise, les organes de souveraineté se distinguent effectivement au regard du fait que leur composition, leur compétence et leur fonctionnement sont explicitement définis par la Constitution¹⁵⁷¹, ce qui n'est évidemment pas le cas du *Provedor de Justiça*. A la vérité, ce dernier répond davantage à la définition d'organe de « relevance » constitutionnelle, c'est-à-dire un organe « prévu dans la Norme suprême – qui ne peut donc être supprimé autrement que par la voie de la révision constitutionnelle –, mais dont la composition et surtout les compétences sont, pour une large part au moins, fixées par des normes infra constitutionnelles »¹⁵⁷². En cela, il se rapproche quelque peu du Défenseur du Peuple.

581. En Espagne, en effet, si d'un point de vue strictement formel l'institution s'apparente à un organe constitutionnel¹⁵⁷³, la doctrine, à quelques exceptions près¹⁵⁷⁴, préfère le qualificatif d'organe de relevance constitutionnelle. La nature juridique du Défenseur du Peuple se distingue néanmoins de son homologue portugais en ce que, qualifié par l'article 54 de la Constitution de haut représentant des Cortès Générales, celui-ci se présente, à l'image du Conseil d'Etat, du Ministère public et du Tribunal des comptes, comme un organe de relevance constitutionnelle de type auxiliaire¹⁵⁷⁵. Selon Elise Carpentier, les organes auxiliaires « répondent à la définition de l'organe "de relevance constitutionnelle" et se

¹⁵⁶⁵ D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da atuação do "ombudsman" », *op. cit.*, pp. 48 et ss.

¹⁵⁶⁶ La Cour suprême canadienne considère en effet que la constitutionnalisation de l'ombudsman fait de lui un quatrième pouvoir (Cour suprême canadienne, *B.C. Development Corp. v. Friedmann* [1985] 1 WWR 193 (S.C.C.), §. 206, cité par R. Boust, « Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », *op. cit.*, p. 10).

¹⁵⁶⁷ Sur ce point, v. J. Georgel et E. Matutano, « Médiateur de la République », *Jurisclasseur administratif*, fasc. n° 1007, janvier 2008, p. 2.

¹⁵⁶⁸ M.L. Amaral, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁶⁹ F. Boa Baptista, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁷⁰ En ce sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 706 ; « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 823.

¹⁵⁷¹ Art. 110-2 de la Constitution portugaise.

¹⁵⁷² E. Carpentier, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁷³ Sur ce point, v. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2673 ; « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines. Una propuesta de reflexión », *R.E.A.L.A.*, 1989, n° 243, p. 528.

¹⁵⁷⁴ Le professeur Francisco Astarloa Villena, par exemple, considère que, dans la mesure où le Défenseur du Peuple se trouve consacré par la Constitution, il ne peut être qu'un organe constitutionnel (*El Defensor del Pueblo en España*, *op. cit.*, p. 35).

¹⁵⁷⁵ Sur ce point, v. : J. Aguilar Fernández-Hontoria, « A propósito del Defensor del Pueblo : los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares », *R.A.P.*, 1986, n° 109, p. 45 ; J.F. Merino Merchán, *Instituciones de derecho constitucional español*, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos Ramon Carande, 1994, p. 707.

caractérisent de surcroît par un lien entretenu avec un organe constitutionnel dont ils constituent l'auxiliaire, mais à l'égard duquel ils demeurent indépendants dans l'exercice de leurs fonctions »¹⁵⁷⁶. La doctrine espagnole affine cette définition en précisant que les organes auxiliaires effectuent une activité technique de surveillance, de contrôle, voire de consultation¹⁵⁷⁷, à la différence des organes constitutionnels qui exercent une activité politique ou normative¹⁵⁷⁸. En somme, peuvent être qualifiées d'organes auxiliaires les institutions consacrées par la Constitution entretenant un lien étroit avec un organe constitutionnel et dont la fonction n'influe pas sur la forme de l'Etat. Définition à laquelle répond incontestablement le Défenseur du Peuple dès lors que ce dernier constitue un représentant du Parlement en charge de la surveillance de l'administration aux fins de protection des droits et libertés consacrés par le titre premier de la Constitution¹⁵⁷⁹. A ce titre, l'institution espagnole se rapproche très clairement, à l'inverse du *Provedor de Justiça*¹⁵⁸⁰ et du Défenseur des droits, de l'ombudsman parlementaire suédois, classiquement appréhendé comme le délégué du Parlement¹⁵⁸¹. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire, contrairement à ce qu'ont pu sous-entendre certains auteurs¹⁵⁸², que le Défenseur du Peuple se trouve placé dans une situation de dépendance ou de subordination à l'égard des Cortès Générales. Au contraire, à l'image de la France et du Portugal, le titulaire de la fonction bénéficie d'un régime juridique lui garantissant, à tout le moins, l'exercice de cette dernière en toute indépendance.

B. Une indépendance principalement garantie par le mode de nomination et le statut du titulaire de la fonction

582. Bien plus que dans l'inscription de l'institution au sein du texte constitutionnel, la clé de l'indépendance de l'ombudsman réside, d'une part, dans le mode de nomination de son représentant, d'autre part, dans le statut dont bénéficie celui-ci une fois nommé. Ces deux facteurs d'indépendance ne sauraient pour autant être placés sur un pied d'égalité ; le second jouant un rôle bien plus décisif que le premier. Comme le soulignait, déjà en 1928, le professeur Eisenmann à propos de la justice constitutionnelle, « l'indépendance [...] ne tient

¹⁵⁷⁶ E. Carpentier, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁷⁷ Sur la notion d'organes auxiliaires, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Aguilar Fernández-Hontoria, *op. cit.*, p. 7 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 40 ; J. Varela Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁷⁸ En ce sens, v. not. : M. García Pelayo, « El status del Tribunal constitucional », *R.E.D.C.*, 1981, n° 1, p. 22 ; J.M. Sánchez-Saudínos, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 289.

¹⁵⁷⁹ Dans un sens contraire, le professeur et ancien Défenseur du Peuple Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes considère que la faculté dont dispose le Défenseur du Peuple d'introduire des recours en inconstitutionnalité empêche d'appréhender ce dernier comme un organe auxiliaire des Cortès Générales (« El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, pp. 317-318).

¹⁵⁸⁰ V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », *op. cit.* p. 108.

¹⁵⁸¹ En ce sens, v. : A. Legrand, « L'ombudsman parlementaire suédois. 1970-1990. Une originalité persistante », *op. cit.*, p. 575 ; A. la Pergola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 71 ; H. Puget, « Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura », *R.I.D.C.*, 1965, p. 7.

¹⁵⁸² Le professeur José Luis Carro Fernández-Valmayor, notamment, évoque l'existence d'une relation de tutelle entre le Défenseur du Peuple et les Cortès Générales (« Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2674).

*pas tant au mode de nomination qu'au statut des juges une fois nommés : ce qui importe – même s'ils sont désignés [...] par un organe politique, Parlement ou chef de l'Etat – c'est qu'ils échappent à toute influence de l'autorité qui les a choisis, qu'ils n'aient plus rien à craindre ni à attendre d'elle »*¹⁵⁸³. De toute évidence, l'affirmation peut aisément être transposée à l'ombudsman. Si le mode de nomination de l'ombudsman est susceptible d'influer, positivement ou négativement, selon ses conditions d'exercice, sur l'indépendance de l'institution, seul le statut dont bénéficie son titulaire permet véritablement d'apprécier ce degré d'indépendance. Or, en France et au sein de la péninsule ibérique, l'ombudsman peut se prévaloir d'un statut particulièrement protecteur (2), ce qui compense le mode de nomination pour le moins discutable retenu par le constituant français s'agissant du Défenseur des droits (1).

1. Un mode de nomination source d'indépendance variable selon le système juridique considéré

583. Si le mode de nomination des membres d'une institution ne saurait être considéré comme une condition suffisante pour garantir leur indépendance, il convient cependant d'admettre que certains systèmes de désignation se révèlent plus propices que d'autres à la réalisation d'une telle exigence. Par exemple, les procédures de nomination par le pouvoir exécutif ou par une majorité simple de parlementaires sont généralement de nature à alimenter les suspicions quant à une éventuelle instrumentalisation de l'institution par un parti ou une faction politique, en l'occurrence la majorité¹⁵⁸⁴. En revanche, ceci est beaucoup moins vrai s'agissant des processus de désignation privilégiant une élection par une majorité renforcée de parlementaires qui, en règle générale, imposent l'obtention d'un consensus entre deux ou trois partis politiques différents de nature à empêcher le choix d'une personnalité particulièrement proche de la majorité parlementaire ou, au contraire, bénéficiant de l'appui de différents partis de l'opposition et, à ce titre, susceptible d'user de sa fonction en vue de faire opposition à la politique de la majorité¹⁵⁸⁵.

584. A l'évidence, la nomination de l'ombudsman n'échappe pas à la règle. Pourtant, un rapide tour d'horizon des pays ayant réceptionné l'institution donne l'occasion de constater que le mode de nomination parfois retenu n'est pas toujours propice à l'indépendance de l'ombudsman. Principalement trois systèmes de désignation peuvent être distingués¹⁵⁸⁶. Tout d'abord, le système d'élection parlementaire pure, tel qu'il existe dans les pays scandinaves¹⁵⁸⁷, impliquant l'élection de l'ombudsman par une majorité renforcée de parlementaire. Ensuite, le système mixte postulant l'intervention conjointe du Parlement et de

¹⁵⁸³ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, pp. 176-177.

¹⁵⁸⁴ Y. Rodriguez, « Le "Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *op. cit.*, p. 1228.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, v. not. : T. Duarte, « O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado », *op. cit.*, p. 86.

¹⁵⁸⁶ Cette classification est inspirée des travaux du professeur Ricardo Pellon (« ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 122 et ss.).

¹⁵⁸⁷ La nomination par le Parlement est un trait caractéristique partagé par l'ensemble des *ombudsmen* scandinaves (en ce sens, v. par ex. M. Perez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, pp. 179-180).

l'exécutif, soit que la désignation s'effectue par le premier sur proposition du second, solution retenue par le Québec, soit, inversement, qu'elle s'effectue par le second sur proposition du premier, dispositif en vigueur en Nouvelle Zélande et en Israël. Enfin, le système britannique et anciennement français de nomination par le seul pouvoir exécutif.

585. Qu'on le veuille ou non, seul le premier système semble véritablement en mesure de limiter le risque d'instrumentalisation de l'ombudsman par le pouvoir politique, et ce d'autant plus qu'il évite l'intervention du pouvoir exécutif dans le processus de nomination d'une institution dont la principale fonction réside dans la surveillance de l'administration. Or, tandis que de l'autre côté des Pyrénées le choix du mode de nomination de l'*human rights ombudsman* s'est « naturellement » porté sur le premier système (a), la France a privilégié le système mixte (b)¹⁵⁸⁸.

a. Un facteur d'indépendance évident sur la Péninsule ibérique

586. Le choix opéré par les pays ibériques de retenir un système de nomination de l'ombudsman reposant sur l'élection du titulaire de la fonction à une majorité renforcée de parlementaire est susceptible de s'expliquer au regard du contexte de mise en place de l'institution. Initialement appréhendé comme un instrument de la transition démocratique, l'ombudsman devait impérativement jouir non seulement d'une véritable indépendance à l'égard de la majorité politique, mais, au surplus, d'une légitimité démocratique suffisante ; légitimité postulant que la personnalité finalement retenue soit le fruit d'un consensus le plus large possible entre les différentes factions politiques représentées au sein des hémicycles parlementaires.

587. S'agissant du Portugal, il convient toutefois de souligner que, durant les premières années de fonctionnement de l'institution, le *Provedor de Justiça*, en vertu de l'article 2 du décret-loi du 21 avril 1975, était nommé par le Président de la République sur proposition conjointe du Premier ministre et du ministre de la justice. Ces derniers présentaient au chef de l'Etat une liste composée de trois personnalités, liste devant être renouvelée dans l'hypothèse où le Président de la République ne retenait aucune des trois personnalités proposées¹⁵⁸⁹. Abandonné par la révision constitutionnelle de 1982¹⁵⁹⁰, ce système est remplacé par la

¹⁵⁸⁸ En revanche, il convient de souligner que, en France comme sur la péninsule ibérique, les textes de référence sont passablement permissifs au sujet des conditions que doit satisfaire la personnalité postulant à la fonction d'ombudsman. Notamment, la recevabilité des candidatures n'est subordonnée, à la différence des pays scandinaves (sur ce point, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 155 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, pp. 198 et ss.), à aucune exigence de connaissances ou de compétences en matière juridique. Tandis que l'article 3 de la loi organique du Défenseur du Peuple se contente de préciser que « tout espagnol majeur en pleine possession de ses droits civils et politiques peut être élu Défenseur du Peuple » (Pour une approche approfondie de cette question, v. entre autres : M. Gurrera Roig, « Artículo 3 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 105 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, pp. 195 et ss.), l'article 5-2 du statut du *Provedor de Justiça* prévoit que le choix doit se porter sur une personnalité reconnue pour son intégrité et son indépendance. Quant à la France, la loi organique relative au Défenseur des droits ignore tout simplement la question.

¹⁵⁸⁹ R. Pellon, « ¿Un "ombudsman" para España ? », *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁹⁰ La révision constitutionnelle de 1982 prévoit effectivement que le *Provedor de Justiça* est élu par l'Assemblée de la République (loi constitutionnelle n° 1-82 du 30 septembre 1982, *op. cit.*).

procédure de nomination, prévue par l'article 163-h de la Constitution et l'article 5-1 du statut du *Provedor de Justiça*, que l'on connaît aujourd'hui. À savoir l'élection à la majorité qualifiée des deux tiers des députés présents à l'Assemblée de la République, sous réserve qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction.

588. En Espagne, en revanche, le choix s'est porté sur un système de désignation par une majorité renforcée de parlementaires dès la création de l'institution. Une telle solution s'imposait avec d'autant plus de force que, conçu comme le haut représentant des Cortès Générales, le Défenseur du Peuple devait logiquement être nommé par ces derniers¹⁵⁹¹. Explicitement prévue par l'article 54 de la Constitution, la désignation du Défenseur par les Cortès se trouve précisée par l'article 2 de la loi organique du 6 avril 1981. Or, le moins que l'on puisse dire est que le système de nomination qui en résulte obéit à une procédure particulièrement complexe, source d'éventuels blocages institutionnels¹⁵⁹². A l'origine d'études approfondies¹⁵⁹³, cette procédure, qui doit commencer dans un délai non supérieur à un mois à compter de la vacance de la fonction¹⁵⁹⁴, peut être résumée de la façon suivante : la commission mixte Congrès-Sénat chargée des relations avec le Défenseur du Peuple, mise en place par la loi organique du 5 mars 1992¹⁵⁹⁵, soumet la ou les candidatures retenues, à l'issue d'une motion adoptée à la majorité simple des voix, au vote du Congrès des députés. Pour être élu, le candidat doit obtenir le vote favorable des trois cinquièmes des membres du Congrès, après quoi son élection doit être entérinée à la même majorité par le Sénat dans le délai maximum de vingt jours. Si le nombre de voix suffisant n'est pas atteint, le processus est relancé, à commencer par une nouvelle session de la commission mixte. Cette dernière doit formuler, dans le délai maximum d'un mois, des propositions nouvelles, lesquelles doivent à leur tour obtenir le soutien des trois cinquièmes des membres du Congrès et la majorité absolue au Sénat¹⁵⁹⁶. Finalement, la nomination est confirmée conjointement par les signatures des présidents du Congrès et du Sénat.

b. Un facteur d'indépendance plus relatif en France

589. A l'évidence, la procédure de désignation du Défenseur des droits détonne quelque peu par rapport à celle retenue par les pays ibériques. Tandis que le Comité Balladur

¹⁵⁹¹ En ce sens, v. M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁹² La lourdeur du dispositif est susceptible de rendre particulièrement délicate l'émergence d'un consensus, ce qui ne va pas sans engendrer un risque de vacances prolongées de la fonction de Défenseur du Peuple à l'occasion de chaque processus de nomination d'un nouveau titulaire (sur cette question, v. *infra*, n° 1419-1423).

¹⁵⁹³ A ce titre, le lecteur pourra utilement consulter : M. Gurrera Roig, « Artículo 2 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 83 ; F. Fernández Segado, « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », *op. cit.*, pp. 166 et ss ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, pp. 186 et ss.

¹⁵⁹⁴ Art. 5-3 de la loi organique du Défenseur des droits.

¹⁵⁹⁵ Loi organique n° 2/1992 du 5 mars 1992, *B.O.E.* du 6 mars 1992, p. 7695.

¹⁵⁹⁶ Sur ce point, il est possible de noter, avec le professeur José Manuel Sánchez-Saudinós, que « la procédure de désignation du Defensor del Pueblo prévue par la LODP confirme une tendance récurrente du droit constitutionnel espagnol : la primauté du Congrès des députés par rapport au Sénat. D'abord par la relégation de ce dernier à une fonction de simple ratification du candidat que le Congrès a désigné préalablement. Ensuite, par le fait que le Defensor del Pueblo sera élu, en cas de seconde session, à la majorité absolue par le Sénat alors qu'il doit obtenir la majorité des trois cinquièmes du Congrès » (« Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 292).

préconisait un mode de nomination sensiblement similaire au système espagnol, à savoir l'élection à la majorité des trois cinquièmes des députés sur proposition d'une commission *ad hoc* de l'Assemblée nationale, l'article 71-1 de la Constitution et l'article premier de la loi organique du 29 mars 2011 prévoient, en définitive, que le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République par décret en Conseil des ministres, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution. Cette procédure, elle-même issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, impose, préalablement à l'adoption de l'acte de nomination par le chef de l'Etat, une consultation de la commission permanente compétente de chaque assemblée¹⁵⁹⁷. Prenant la forme d'un avis public, l'intervention des commissions empêche la nomination lorsque l'addition des votes négatifs, dans chaque commission, représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés.

590. Sans doute y a-t-il une avancée, salubre, par rapport au mode de désignation des autorités regroupées au sein du Défenseur des droits, dont le Médiateur de la République. Celui-ci était effectivement nommé, en vertu de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1973, de façon discrétionnaire par décret en Conseil des ministres. Ferme et condamnée par la doctrine¹⁵⁹⁸, cette procédure, aboutissant « à confier la désignation de l'organe de contrôle à l'organe contrôlé lui-même »¹⁵⁹⁹, s'apparentait « trop à celle qui s'applique pour la nomination aux emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement pour ne pas faire douter de l'indépendance réelle du Médiateur ainsi désigné »¹⁶⁰⁰.

591. Néanmoins, le système de nomination retenu, en tant qu'il suggère « un glissement, du Défenseur vers le pouvoir exécutif »¹⁶⁰¹, n'est pas des plus opportuns. Si certains auteurs se montrent assez optimistes, en considérant, peut-être à juste titre, que « l'intervention du Parlement dissuadera l'exécutif, quelle que soit sa couleur politique, de nommer des personnalités notoirement incompétentes uniquement pour services rendus »¹⁶⁰², il n'empêche que l'avis rendu par la Commission permanente ne constitue qu'un avis simple qui ne devient juridiquement contraignant que s'il est négatif et recueille trois cinquièmes des suffrages exprimés. Partant, il s'avère hautement improbable, eu égard au phénomène majoritaire, que les parlementaires soient en mesure de s'opposer à la décision du chef de l'Etat. En d'autres termes, et comme le relève le professeur Catherine Teitgen-Colly, le veto de la Commission

¹⁵⁹⁷ L'article 4 de la loi organique du 24 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution précise que la commission permanente compétente est la commission chargée des lois constitutionnelles (loi n° 2010-838 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, *J.O.* du 24 juillet 2010, p. 13644), disposition validée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision du 12 juillet 2010 (décision 2010-610 DC, *J.O.* du 24 juillet 2010, p. 13669 ; *J.C.P. G.*, 2010, act. 834, obs. M. Verpeaux et L. Sponchiad).

¹⁵⁹⁸ Pour une approche synthétique des critiques adressées au mode de désignation du Médiateur de la République, le lecteur pourra utilement se référer à : D. Amson, « L'institution du Médiateur : un coup d'épée dans l'eau », *J.C.P. G.*, 1973, I, 2547.

¹⁵⁹⁹ P. Verrier, « Le Médiateur », *op. cit.*, p. 957.

¹⁶⁰⁰ M. Gerbet, *Rapport n° 2761 au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1972-1973*.

¹⁶⁰¹ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 923.

¹⁶⁰² D. Chagnollaude, Entretien au Figaro du 19 novembre 2007. Dans un sens similaire, v. N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1696.

permanente demeure « une hypothèse d'école »¹⁶⁰³. C'est pourquoi l'actuel système de désignation du Défenseur des droits constitue certainement un élément du régime juridique de l'institution à repenser¹⁶⁰⁴.

592. Il convient toutefois de souligner, et c'est heureux, que le seul mode de nomination de l'ombudsman ne saurait suffire à assurer son indépendance. Tel qu'il a été souligné, cette dernière tient tout autant, si ce n'est plus, au régime de protection dont bénéficie le titulaire de la fonction une fois celui-ci nommé. Affirmation particulièrement vraie s'agissant du Défenseur du Peuple dans la mesure où, appréhendé comme le haut représentant des Cortès Générales, son élection à une majorité renforcée de parlementaire, si elle est de nature à garantir son indépendance à l'égard du pouvoir politique¹⁶⁰⁵, peut, en revanche, conduire à douter de son indépendance vis-à-vis de l'organe parlementaire lui-même.

2. Une protection du titulaire de la fonction garantissant l'exercice de cette dernière en toute indépendance

593. En France comme sur la péninsule ibérique, l'ombudsman jouit d'un statut permettant au titulaire de la fonction d'exercer cette dernière en toute indépendance, notamment à l'égard de l'organe de nomination. Certes, en Espagne le lien particulièrement étroit qui unit le Défenseur du Peuple aux Cortès Générales¹⁶⁰⁶ interroge inévitablement quant à l'effectivité de cette indépendance. En effet, en tant qu'il « se situe dans l'orbite parlementaire »¹⁶⁰⁷, l'ombudsman espagnol, davantage que le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits, semble, de prime abord, se trouver dans une situation de subordination à l'égard des Cortès. En réalité il n'en est rien. Bien qu'une dépendance formelle existe¹⁶⁰⁸, le Défenseur du Peuple bénéficie d'une indépendance fonctionnelle certaine à l'égard du Parlement¹⁶⁰⁹. En témoigne, outre la capacité de l'institution à introduire des recours en inconstitutionnalité contre la loi¹⁶¹⁰, l'article 6-1 de la loi organique du 6 avril 1981 selon lequel le Défenseur du Peuple, à

¹⁶⁰³ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125. Cette position est partagée par une frange importante de la doctrine (en ce sens, v. : G. Garrigos, « Le gouvernement veut-il instaurer un Défenseur des droits au rabais ? », *Le Monde*, 10 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr] ; A. Martinel et M. Boulos, « Le défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.* ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1033).

¹⁶⁰⁴ V. *infra*, n° 1481 et ss.

¹⁶⁰⁵ En ce sens, v. A. Colomer Viadel, « La independencia del Defensor del Pueblo frente a los partidos políticos », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 356.

¹⁶⁰⁶ Pour une approche approfondie des relations entre le Défenseur du Peuple et les Cortès Générales, v. *infra*, n° 917 et ss.

¹⁶⁰⁷ J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 294.

¹⁶⁰⁸ Cette dépendance formelle n'est d'ailleurs pas propre à l'institution espagnole. En témoigne, notamment, l'obligation pour le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits de rendre compte de leur activité au Parlement.

¹⁶⁰⁹ En ce sens, v. entre autres : F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España*, *op. cit.*, p. 29 ; J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 391 ; M. Perez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 165 ; J.M. Sánchez-Saudinós, *op. cit.*, p. 290 ; J.V. Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 68.

¹⁶¹⁰ V. *infra*, n° 757-761.

l'identique du Défenseur des droits¹⁶¹¹, n'est assujéti à aucun mandat impératif et ne reçoit d'instruction d'aucune autorité¹⁶¹². Plus largement, l'indépendance de l'ombudsman spécialisé se trouve assurée par un ensemble de garanties tenant au mandat (a), au régime des incompatibilités (b) et des immunités (c), ainsi qu'à l'inamovibilité de l'institution (d).

a. Les garanties relatives à l'exercice du mandat

594. Se distinguant, de façon similaire au modèle originel de l'ombudsman¹⁶¹³, au regard de sa durée relativement brève¹⁶¹⁴, le mandat de l'*human rights ombudsman* obéit à des règles sensiblement différentes selon le pays considéré, en particulier s'agissant de la question de son caractère renouvelable. Tandis qu'en Espagne le silence des textes de référence sous-entend la possibilité de reconduire indéfiniment la même personnalité au poste de Défenseur du Peuple¹⁶¹⁵, en France, au contraire, l'article 71-1 de la Constitution prévoit le caractère non renouvelable du mandat du Défenseur des droits. A mi-chemin entre ces deux options, l'article 6-1 du statut du *Provedor de Justiça* limite la possibilité de renouvellement du mandat à une seule fois. Or, sur le strict plan de l'indépendance, la solution retenue par la France semble préférable à celle proposée par l'Espagne et, dans une moindre mesure, le Portugal car si le caractère renouvelable du mandat présente l'avantage de permettre à la personnalité reconduite dans ses fonctions de déployer une action sur le long terme, il comporte également le risque d'un excès de zèle du titulaire de la fonction à l'égard du pouvoir en place en vue de s'assurer de sa future réélection.

595. Pour autant, il convient de noter qu'en Espagne, l'hypothèse d'une instrumentalisation de la fonction dans une perspective de réélection s'avère largement atténuée par l'absence de coïncidence entre le mandat du Défenseur du Peuple, d'une durée de cinq ans, et celui des parlementaires, fixé à quatre ans par l'article 68-4 de la Constitution espagnole. Une telle dissociation des mandats de l'organe de nomination et de l'organe nommé postule, en effet, que l'éventuelle réélection du Défenseur du Peuple par les Cortès Générales s'effectuera, sinon par une majorité politique différente de celle au pouvoir lors de sa première élection, par une majorité renouvelée du point de vue de ses représentants¹⁶¹⁶.

¹⁶¹¹ L'article 2-1 de la loi organique relative au Défenseur des droits précise effectivement que ce dernier « ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction ». Sur ce point, le législateur organique a réceptionné l'article premier de la loi du 3 janvier 1973 prévoyant que dans la limite de ses attributions le Médiateur de la République ne reçoit d'instruction d'aucune autorité.

¹⁶¹² Sur cette question, v. en part. M. Gurrera Roig, « Artículo 6 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 145.

¹⁶¹³ En Suède, par exemple, les *ombudsmen* sont élus par le Parlement pour un mandat de quatre ans.

¹⁶¹⁴ La durée du mandat de l'ombudsman est de cinq ans en Espagne (art. 2-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple), de quatre au Portugal (art. 6-1 du statut du *Provedor de Justiça*) et de six en France (art. 71-1 de la Constitution).

¹⁶¹⁵ Sur ce point, v. F. Astarloa Villena, « Una introducción al Defensor del Pueblo », *Cuadernos de la Catedra Fabrique Furió Ceriol 2*, Valencia, 1993, p. 87.

¹⁶¹⁶ En ce sens, le professeur José Manuel Sánchez-Saudinós écrit : « Ce décalage semble avoir été introduit sciemment afin de permettre l'indépendance du Defensor del Pueblo vis-à-vis des chambres parlementaires qui l'ont désigné » (« Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », op. cit., p. 292).

596. L'indépendance fonctionnelle de l'institution se trouve, en outre, renforcée par l'existence d'un régime étendu d'incompatibilités.

b. Un régime étendu d'incompatibilités

597. En cette matière, les choses s'avèrent relativement simples dès lors que, en France comme sur la péninsule ibérique, le régime des incompatibilités intéressant l'ombudsman spécialisé et pour ainsi dire total. Applicable aux adjoints de l'ombudsman¹⁶¹⁷, ce régime particulièrement étendu poursuit, sans aucun doute, un objectif de protection du représentant de l'institution contre les éventuels conflits d'intérêts susceptibles de préjudicier à son indépendance et, par conséquent, à l'efficacité de sa mission de protection des droits fondamentaux.

598. En France, l'article 71-1 de la Constitution se contente de préciser que les fonctions de Défenseur des droits sont incompatibles avec celles de membre du gouvernement et de membre du Parlement pour renvoyer à la loi organique le soin de fixer les autres incompatibilités. Or, la liste des incompatibilités prévue par l'article 2 de ladite loi se révèle particulièrement vaste. D'une part, les fonctions de Défenseur des droits 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. D'autre part, le Défenseur des droits, dans un délai d'un mois à compter de la publication de sa nomination, doit renoncer à toute autre fonction ou emploi public, à toute activité professionnelle, ainsi qu'à toute fonction de président et de membre de conseil d'administration, de président et de membre de directoire, de président et de membre de conseil de surveillance, et d'administrateur délégué dans toute société, entreprise ou établissement.

599. De cette longue énumération, il résulte que « *le Défenseur ne peut exercer ses fonctions qu'à temps plein* »¹⁶¹⁸. C'est là une avancée de taille par rapport à l'ancien Médiateur de la République qui se voyait appliquer un régime d'incompatibilité passablement permissif, autorisant les personnalités à cumuler leur fonction de Médiateur non seulement avec leurs mandats électifs locaux, mais également avec d'autres fonctions publiques non électives ou avec des fonctions privées¹⁶¹⁹. A tel point que certains ont pu écrire que la fonction était mal garantie contre d'éventuelles corruptions¹⁶²⁰.

600. En Espagne, le régime des incompatibilités relatif au Défenseur du Peuple, globalement similaire à celui du Défenseur des droits, est prévu par l'article 7-1 de la loi

¹⁶¹⁷ L'extension du régime des incompatibilités intéressant l'ombudsman à ses adjoints est prévu par l'article 16-3 du statut du *Provedor de Justiça*, par l'article 8-4 de la loi organique du Défenseur du Peuple et par l'article 3 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁶¹⁸ M. Verpeaux, « Il est né le Défenseur des droits. – A propos des lois du 29 mars 2011 », *op. cit.*, p. 827.

¹⁶¹⁹ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, p. 639.

¹⁶²⁰ A. Legrand, « Médiateur ou ombudsman ? (Commentaire de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur », *op. cit.*, p. 235.

organique du 6 avril 1981¹⁶²¹. Tout d'abord, la fonction de Défenseur du peuple est incompatible avec tout mandat représentatif et toute fonction ou activité de nature politique. Ensuite, est prohibée l'appartenance à un service de l'Administration publique, l'affiliation à un parti politique ou l'exercice de fonctions directrices au sein d'un syndicat, d'une association ou d'une fondation. Enfin, la qualité de Défenseur du Peuple est incompatible avec l'exercice d'une fonction, quelle qu'elle soit, au sein de l'Administration de la justice ou du Ministère public, et avec toute activité professionnelle, libérale, commerciale ou salariée. Sachant que le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi organique impose un délai de dix jours au nouveau Défenseur après sa nomination pour mettre fin à toutes les situations jugées incompatibles avec l'exercice de ses fonctions.

601. Au Portugal, le statut du 9 avril 1991 prévoit dans son article 11-1 que le *Provedor de Justiça* est soumis aux incompatibilités des magistrats judiciaires en exercice, lesquels, en vertu de l'article 13 du statut des magistrats judiciaires en date du 30 juillet 1985¹⁶²², ne peuvent exercer aucune fonction professionnelle de nature publique ou privée, exception faite d'activités d'enseignement ou de recherche dans le domaine juridique. De surcroît, l'article 11-2 du statut précise que le *Provedor* ne peut exercer aucune fonction au sein de partis ou d'associations de nature politique ce qui exclut, par la même, toute hypothèse de cumul de mandats électifs avec la fonction de *Provedor de Justiça*.

602. En revanche, un facteur d'amenuisement potentiel de l'indépendance du *Provedor de Justiça* réside dans le fait que celui-ci, aux termes de l'article 20-2 de son statut, siège au sein du Conseil d'Etat, organe politique de conseil du Président de la République¹⁶²³ devant se prononcer, entre autres, sur la dissolution de l'Assemblée de la République et sur la démission du gouvernement¹⁶²⁴. Il s'agit là d'un risque de politisation de l'institution auquel il serait souhaitable de remédier¹⁶²⁵.

603. Soumis à un régime étendu d'incompatibilités, l'ombudsman spécialisé bénéficie par ailleurs d'un régime particulièrement strict d'immunités.

c. Un strict régime d'immunités

604. Applicable, du moins en France et en Espagne, aux adjoints de l'ombudsman¹⁶²⁶, le régime des immunités dont bénéficient le Défenseur des droits, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se révèle propice à l'exercice de leur fonction de sauvegarde des droits de la personne humaine en toute indépendance. En effet, qu'il s'agisse des pays ibériques ou de

¹⁶²¹ Pour un commentaire approfondi de cette disposition, le lecteur pourra se référer à : F. M. Bruñén Barberá, « Artículo 7 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 161.

¹⁶²² Loi n° 21/85 du 30 juillet 1985 approuvant le statut des magistrats judiciaires, D.R. Série I du 30 juillet 1985, p. 2280.

¹⁶²³ C'est la définition qu'en donne l'article 141 de la Constitution portugaise.

¹⁶²⁴ Art. 145 de la Constitution portugaise.

¹⁶²⁵ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1335-1337.

¹⁶²⁶ En ce sens, voir les articles 6-4 et 8-4 de la loi organique du Défenseur du Peuple et l'article 2-2 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

la France, l'*human rights ombudsman*, dès lors qu'il intervient dans le cadre de ses fonctions, ne saurait être inquiété en raison de ses opinions ou de ses actes.

605. Ainsi, en France, le Défenseur des droits, en vertu de l'article 2-1 de la loi organique, 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. Consacrant un régime d'immunité très générale, identique à celui dont bénéficient les parlementaires en vertu de l'article 26 de la Constitution¹⁶²⁷, cette disposition doit toutefois être lue au regard de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 mars 2011¹⁶²⁸. Après avoir rappelé, conformément à sa jurisprudence traditionnelle¹⁶²⁹, 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* », le Conseil précise que l'immunité pénale reconnue au Défenseur ne s'applique qu'aux opinions qu'il émet et aux actes qu'il accomplit pour l'exercice de ses fonctions. En outre, une telle immunité ne protège pas le représentant de l'institution en cas de violation des règles prévues par les articles 20 et 29 de la loi organique, relatifs aux secrets protégés par la loi, et par son article 22, sur la protection de la vie privée¹⁶³⁰.

606. En Espagne, le régime des immunités dont bénéficie le Défenseur du Peuple est défini par l'article 6 de la loi organique du 6 avril 1981. Cette disposition prévoit que le Défenseur ne peut être détenu, mis en examen, condamné à une amende, poursuivi ou jugé en raison de ses opinions ou des actes qu'il exécute dans l'exercice des compétences propres à sa fonction. Dans tous les autres cas et tant qu'il exerce ses fonctions, le Défenseur ne peut être détenu ou retenu, sauf en cas de flagrant délit. Dans cette dernière hypothèse, la décision relative à son inculpation, son emprisonnement, sa mise en accusation et son jugement relève de la seule compétence de la Chambre criminelle de la Haute cour de justice. Ainsi, à l'image du Défenseur des droits, les prérogatives personnelles dont jouit le représentant de l'institution espagnole place celui-ci dans une position similaire à celle des parlementaires, à la différence que, en cas d'inculpation ou de détention, il n'est exigé aucune autorisation parlementaire préalable¹⁶³¹.

607. Au Portugal, le *Provedor de Justiça*, en vertu de l'article 8 du statut du 9 avril 1991, ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée en raison des recommandations et des avis qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions. Par ailleurs, il ne peut être détenu ou emprisonné sans autorisation préalable de l'Assemblée de la République, excepté en cas de crime punissable d'une peine de prison supérieure à trois ans ou de flagrant délit. De même, dans l'hypothèse où une procédure criminelle est engagée contre le *Provedor de Justiça*, il revient à l'Assemblée de la République de décider si ce dernier doit être relevé

¹⁶²⁷ J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1033.

¹⁶²⁸ Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *op. cit.*

¹⁶²⁹ En ce sens, v. Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *op. cit.*

¹⁶³⁰ Sur ces questions, v. « Commentaire de la décision n° 2011-626 DC – 29 mars 2011. Loi organique relative au Défenseur des droits », p. 7, [en ligne]. Disponible sur [www.conseil-constitutionnel.fr].

¹⁶³¹ Sur ce point, v. J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 295.

de ses fonctions le temps de la procédure. Cette suspension du titulaire de ses fonctions est toutefois automatique en matière de flagrant délit et de crime punissable d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement.

608. Finalement, l'indépendance de l'institution, spécialement à l'égard de l'organe de nomination, se trouve également garantie par son statut d'inamovibilité.

d. L'inamovibilité du titulaire de la fonction

609. Sur ce point, les règles applicables au Défenseur des droits, au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* sont similaires. Les textes de références proclament toujours que le titulaire de la fonction est inamovible. Aussi les hypothèses de cessation des fonctions sont-elles limitativement énumérées par la loi.

610. La loi organique du Défenseur des droits, tout d'abord, dispose, dans son article 1, qu'il ne peut être mis fin aux fonctions du Défenseur que sur sa demande ou, en cas d'empêchement, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. A ce titre, le décret du 29 juillet 2011¹⁶³² précise : « *Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits avant l'expiration de leur durée normale qu'en cas d'empêchement constaté par un collège composé du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes* ». En tout point identique à la procédure applicable à l'ancien Médiateur de la République¹⁶³³, le décret ajoute que le collège, saisi par le Président de la République, procède à toutes consultations et vérifications utiles à l'exécution de sa mission. Sachant que la décision constatant l'empêchement du Défenseur des droits est prise à l'unanimité des membres du collège.

611. La loi organique du Défenseur du Peuple, ensuite, fixe au nombre de cinq les causes de cessation des fonctions¹⁶³⁴. Il s'agit de la démission, de l'expiration du mandat, du décès ou de l'incapacité survenue, du manque de diligence dans l'accomplissement des obligations et des devoirs de sa charge, de la condamnation pénale. La loi organique opère une distinction entre les hypothèses de cessation objectives, à savoir le décès, la démission et l'expiration du mandat, pour lesquelles le poste est déclaré automatiquement vacant par le Président du Congrès des députés, et celles faisant appel à l'appréciation d'une situation subjective, c'est-à-dire le manque de diligence et la condamnation pénale, pour lesquelles la décision est adoptée, après débat et audition préalable de l'intéressé, à la majorité des trois cinquièmes de chacune des chambres¹⁶³⁵.

¹⁶³² Décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *J.O.* du 30 juillet 2011, p. 13023.

¹⁶³³ Décret n° 73-253 du 9 mars 1973 pris pour l'application de l'art. 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, *J.O.* du 10 mars 1973, p. 2619.

¹⁶³⁴ Art. 5 de la loi organique.

¹⁶³⁵ Pour une approche approfondie de cette question, v. en part. : J.L. López González, « Artículo 5 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 129 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, op. cit., pp. 222-234.

612. Le statut du *Provedor de Justiça*, enfin, précise, dans son article 7, qu'il ne peut être mis un terme aux fonctions du *Provedor* avant le terme de son mandat, excepté dans les hypothèses prévues par l'article 15 de la présente loi¹⁶³⁶. Ces hypothèses, dont l'existence doit être vérifiée par l'Assemblée de la République, sont le décès ou une incapacité physique permanente, la perte des conditions d'éligibilité pour l'Assemblée de la République, la survenance d'un cas d'incompatibilité, la démission.

613. En définitive, l'ombudsman spécialisé peut se prévaloir d'une indépendance certaine, dont le fondement réside, davantage que dans l'inscription de l'institution au sein du texte constitutionnel, dans le mode de nomination du titulaire de la fonction et, surtout, dans le statut dont celui-ci bénéficie une fois nommé. Pour autant, l'indépendance ne saurait constituer une condition suffisante pour s'assurer de l'effectivité de la fonction de protection des droits fondamentaux confiée à l'ombudsman. Encore faut-il que ce dernier dispose de ressources humaines et financières suffisantes.

§ 2. Une institution pourvue de ressources propres

614. L'un des défis qui se présente à l'*human rights ombudsman* est de pouvoir faire face à l'ampleur de sa mission de protection des droits fondamentaux. Ce faisant, la question des moyens mis à sa disposition revêt une importance capitale. L'objectif étant de concevoir ces moyens de telle manière qu'ils permettent à l'institution d'exercer effectivement sa fonction, si possible en toute autonomie. Or, les pays ibériques et la France, en attribuant à l'ombudsman des moyens humains (A) et financiers (B) propres, répondent à cette exigence dans une large mesure.

A. La mise à disposition de moyens humains

615. Se distinguant au regard de son ampleur et de sa technicité, la fonction de protection des droits et libertés confiée à l'ombudsman spécialisé ne saurait, de toute évidence, être accomplie par le seul titulaire de la fonction. Aussi compétent soit-il, ce dernier ne peut effectivement, tant sur un plan qualitatif que quantitatif, répondre à l'ensemble des réclamations adressées à l'institution¹⁶³⁷. Conscient d'une telle difficulté, le législateur organique, en France et au sein de la péninsule ibérique, a prévu la possibilité pour le titulaire de la fonction de s'entourer d'une équipe de travail habilitée à le seconder, voire à le suppléer, dans sa mission. Sachant que, dans la perspective de préserver l'autonomie de l'institution et de faciliter l'instauration d'un climat de confiance entre son représentant et ses collaborateurs, l'ombudsman dispose d'une importante liberté dans la sélection de cette équipe de travail. Sous couvert de certains aménagements, le principe qui domine est effectivement celui de la liberté de choix du personnel. C'est pourquoi, en règle générale, les personnes nommées par

¹⁶³⁶ Il convient cependant de souligner que, jusqu'en 1982 et la consécration de l'élection du *Provedor de Justiça* par l'Assemblée de la République, la destitution du titulaire de la fonction était laissée à l'entière discrétion du Président de la République en vertu de l'article 18 du décret-loi du 21 avril 1975.

¹⁶³⁷ Sur ces questions, v. M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, p. 94.

l'ombudsman cessent leur activité, soit au même moment que celui-ci¹⁶³⁸, soit lors de l'entrée en fonction d'un nouvel ombudsman¹⁶³⁹. L'objectif poursuivi est évidemment d'éviter à la personnalité nouvellement élue de se voir imposer une équipe qu'elle n'a pas choisie.

616. Cela étant précisé, l'ombudsman spécialisé peut compter sur le soutien de deux catégories de collaborateurs : les adjoints et les conseillers. De surcroît, sur le plan logistique et administratif, l'institution dispose d'un certain nombre d'agents en charge de l'organisation et du fonctionnement interne de l'institution.

617. Les adjoints, dont la présence apparaît facultative au Portugal¹⁶⁴⁰, sont au nombre de deux au sein des pays ibériques et de trois en France. Partageant avec l'ombudsman la direction et les tâches fondamentales de l'institution, leur nomination n'est pas laissée à l'entière discrétion du titulaire de la fonction. Ainsi, en Espagne, les adjoints sont nommés par le Défenseur du Peuple sous réserve de l'avis conforme de la commission mixte Congrès-Sénat¹⁶⁴¹. En France, en vertu de l'article 11 de la loi organique, ils sont nommés par le Premier ministre sur proposition du Défenseur des droits. Susceptible de préjudicier à l'indépendance du Défenseur, cette nomination par le Premier ministre se trouve à l'origine d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil constitutionnel. Soucieux, précisément, de préserver une telle indépendance, le Conseil, dans sa décision du 29 mars 2011¹⁶⁴², indique que le chef du gouvernement met fin aux fonctions des adjoints sur proposition du Défenseur des droits, « *ce qui écarte l'hypothèse d'une interprétation suivant laquelle le gouvernement pourrait faire et défaire à sa guise une partie importante de la nouvelle institution* »¹⁶⁴³.

618. Par ailleurs, il convient de souligner que la teneur de la fonction attribuée aux adjoints varie sensiblement selon le système juridique considéré. En Espagne et au Portugal, leur rôle consiste, pour l'essentiel, à exercer les compétences que l'ombudsman leur délègue et à assurer le bon fonctionnement de l'institution en cas d'empêchement ou de cessation des fonctions de la personnalité nommée à la tête de l'institution¹⁶⁴⁴. En France, en revanche, leur mission doit davantage être appréhendée à l'aune du regroupement des anciennes autorités indépendantes, que sont le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS, au sein du nouveau Défenseur des droits. Choisis en raison de leur compétence particulière en ces domaines, les

¹⁶³⁸ En ce sens, l'article 16 de la loi organique relative au Défenseur des droits dispose : « *Le mandat des adjoints du Défenseur des droits et celui des membres des collèges mentionnés aux articles 13, 14 et 15 cessent avec le mandat du Défenseur des droits. Celui des adjoints du Défenseur des droits n'est pas renouvelable* ».

¹⁶³⁹ C'est par exemple le cas en Espagne où l'article 36 de la loi organique du 6 avril 1981 précise que « *les adjoints et conseillers sont automatiquement démis au moment de la prise de possession d'un nouveau Défenseur désigné par les Cortès* ».

¹⁶⁴⁰ En précisant que le *Provedor de Justiça* peut nommer et révoquer à n'importe quel moment deux adjoints reconnus pour leur réputation d'intégrité et d'indépendance, l'article 16-1 du statut du 9 avril 1991 semble effectivement sous-entendre que la nécessité de recourir à de tels collaborateurs est laissée à libre appréciation du titulaire de la fonction.

¹⁶⁴¹ Selon le professeur Álvaro Gil-Robles, cette participation des Cortès Générales à la procédure de nomination des adjoints du Défenseur du Peuple, expressément prévue par l'article 8-2 de la loi organique, est relativement logique dès lors que les adjoints sont appelés à se substituer au Défenseur du Peuple, haut représentant des Cortès Générales, en cas de cessation de ses fonctions (*El Defensor del Pueblo, op. cit.*, p. 132).

¹⁶⁴² Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *op. cit.*

¹⁶⁴³ E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁴⁴ Art. 8-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple et 16-2 du statut du *Provedor de Justiça*.

trois adjoints sont, en effet, respectivement en charge de la défense et de la promotion des droits de l'enfant¹⁶⁴⁵, de la déontologie dans le domaine de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité¹⁶⁴⁶. Pour mener à bien leur mission, qu'ils effectuent sous l'autorité du représentant de l'institution, les adjoints peuvent se voir déléguer certaines attributions du Défenseur, notamment en vue de signer les actes relatifs à leur domaine de compétence¹⁶⁴⁷.

619. Expressément consacrée par la loi organique du Défenseur du Peuple et le statut du *Provedor de Justiça*¹⁶⁴⁸, la possibilité pour l'*human rights ombudsman* de s'entourer de conseillers n'apparaît pas explicitement à la lecture de la loi organique relative au Défenseur des droits. Cette faculté peut néanmoins être déduite de l'article 37 de ladite loi, selon lequel les services placés sous l'autorité du Défenseur des droits se composent de fonctionnaires civils et militaires, de fonctionnaires des assemblées parlementaires, de magistrats et d'agents contractuels de droit public composent¹⁶⁴⁹. Librement désignés par l'ombudsman¹⁶⁵⁰, ces conseillers jouent, en France comme sur la péninsule ibérique, un rôle primordial au sein de l'institution. En atteste l'article 29-1 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple, aux termes duquel les conseillers apportent au Défenseur et à ses adjoints « *la coopération technico-juridique nécessaire pour l'accomplissement de leurs fonctions* ». Généralement nommés en raison de leur compétence spécifique sur des matières relevant du domaine d'intervention de l'institution, les conseillers constituent effectivement un appui technique indispensable. Ils permettent notamment de réunir les informations nécessaires à l'instruction des différents dossiers dont l'ombudsman est saisi¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁵ Il convient de souligner que l'adjoint en charge de la défense et de la promotion des droits de l'enfant a conservé l'appellation de « Défenseur des enfants ». Justifiée à l'origine par l'absence de collège en ce domaine, cette distinction entre le « Défenseur des enfants » et les deux collègues n'avait plus de raison d'être dès l'instant où ce collège a été rétabli. Le titre n'en a pas moins été maintenu symboliquement, ce qui ne remet nullement en cause la qualité d'adjoint du responsable du collège de la défense et de la promotion des droits de l'enfant (en ce sens, v. J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 443).

¹⁶⁴⁶ Art. 11 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁶⁴⁷ Art. 2 du décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *op. cit.*

¹⁶⁴⁸ En Espagne, l'article 34 de la loi organique dispose que « *le Défenseur du Peuple peut désigner librement les conseillers nécessaires à l'exercice de ses fonctions, conformément au Règlement et dans le cadre des limites budgétaires* ». Au Portugal, l'article 17 du statut prévoit que le « *le Provedor de Justiça est assisté dans l'exercice de ses fonctions par des coordonateurs et des assesseurs* ».

¹⁶⁴⁹ A noter que cette disposition n'a pas valeur organique pour le Conseil constitutionnel (Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *op. cit.*).

¹⁶⁵⁰ Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'ombudsman dans le choix de ses conseillers ne signifie pas pour autant arbitraire. A ce titre, l'article 27-3 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple impose au Défenseur de sélectionner son personnel, dont les conseillers, sur la base des principes de mérite et de capacité, exigés par l'article 103.3 de la Constitution pour accéder à la fonction publique (Règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple, approuvé par les bureaux du Congrès et du Sénat, sur proposition de Défenseur du Peuple, lors de leur réunion conjointe du 6 avril 1983, *B.O.E.* du 18 avril 1983, p. 10620).

¹⁶⁵¹ Pour ce faire, l'article 9-3 du décret-loi du 11 août 1993 précise que les coordonateurs et les assesseurs du *Provedor de Justiça* doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, procéder à la réunion des informations et des explications, examiner les procédures et les documents, interroger quelconque personne (décret-loi n° 279-93, *D.R. Série I* du 11 août 1993, p. 4268). De même, en France, l'article 37 de la loi organique autorise le Défenseur des droits à déléguer à ses conseillers les pouvoirs qu'il tient des articles 18, à l'exception du dernier

620. Pour finir, il convient de faire mention des agents mis à la disposition de l'ombudsman afin d'assurer le bon fonctionnement administratif de l'institution. En règle générale, ce personnel, à la différence des conseillers et des adjoints, « survit » au changement de titulaire de la fonction¹⁶⁵². Sa raison d'être est de seconder l'ombudsman dans le domaine de l'organisation interne des services, de la gestion du personnel et du budget de l'institution. En cette matière, le secrétaire général du Défenseur du Peuple joue un rôle décisif. Prenant place au sein du bureau de coordination et de régime intérieur, organe collégial mis en place par le règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple¹⁶⁵³, ce dernier assure, entre autres, la direction de l'ensemble du personnel, la préparation de l'avant-projet de budget, l'administration des crédits¹⁶⁵⁴. En France, en revanche, le secrétaire général participe davantage à la cohérence d'ensemble et au correct exercice de la mission de protection des droits et libertés poursuivie par l'institution¹⁶⁵⁵. Néanmoins, le Défenseur des droits peut compter sur l'assistance du directeur général des services, chargé, aux termes de l'article 13 du décret du 29 juillet 2011¹⁶⁵⁶, « d'assurer la direction et le fonctionnement des services, dont il assure la gestion administrative et financière »¹⁶⁵⁷. De même, le *Provedor de Justiça* dispose du soutien de la direction des services d'appui technique et administratif, dont les principales fonctions résident dans l'exécution des opérations financières et de comptabilité, la gestion des ressources humaines et matérielles, la récolte, le traitement et la diffusion des informations techniques¹⁶⁵⁸.

621. En définitive, l'*human rights ombudsman* peut se prévaloir de moyens humains relativement conséquents afin de mener à bien sa mission de protection des droits

alinéa, 20 et 22 de ladite loi. En somme, les pouvoirs d'enquête, de visite des locaux administratifs et de mise en demeure des personnes physiques et morales mises en cause devant le Défenseur aux fins d'obtenir des explications.

¹⁶⁵² C'est toutefois le cas en Espagne. En ce sens, v. M. Perez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 93. Par ailleurs, en France, il convient de souligner que les contrats, les détachements et les mises à dispositions en cours auprès des quatre autorités auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits se sont poursuivis auprès de ce dernier (sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 47).

¹⁶⁵³ Le bureau de coordination et de régime intérieur est composé, outre du secrétaire général, du Défenseur du Peuple et de ses adjoints. Sa mission réside aussi bien dans l'exercice de tâches administratives, telles que l'assistance du Défenseur du Peuple en matière de personnel et dans le domaine économique et financier, que dans la participation à l'exercice de la fonction de protection des droits fondamentaux attribuée à l'institution. C'est par exemple le cas lorsqu'il rend compte des recours d'*amparo* ou en inconstitutionnalité introduits par le Défenseur (sur ces questions, v. art. 18-1 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple).

¹⁶⁵⁴ Art. 19-1 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple.

¹⁶⁵⁵ L'article 14 du décret du 29 juillet 2011 dispose en ce sens : « Sous l'autorité du Défenseur des droits, le secrétaire général veille à l'instruction et au traitement des réclamations et assure le suivi de ses avis, recommandations et décisions. Il prépare les délibérations des collèges. Il assiste les adjoints du Défenseur des droits dans l'exercice de leurs fonctions. Il peut recevoir délégation de signature du Défenseur des droits dans les limites de ses attributions ».

¹⁶⁵⁶ Décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *op. cit.*

¹⁶⁵⁷ A cet effet, l'article 13 du décret du 29 juillet 2011 précise que le directeur général des services « peut recevoir délégation du Défenseur des droits aux fins de signer tous actes ayant pour objet le recrutement, la gestion et la rémunération du personnel des services, ainsi que tous marchés et conventions nécessaires à leur fonctionnement ».

¹⁶⁵⁸ Art. 10 du décret-loi du 11 août 1993.

fondamentaux. Ces moyens humains ne sauraient toutefois véritablement exister sans l'attribution de ressources économiques suffisantes.

B. La mise à disposition de moyens financiers

622. Conditionnant tout autant l'effectivité de la fonction de protection des droits et libertés poursuivie par l'ombudsman que la mise à disposition de moyens humains, l'existence de ressources financières s'avère expressément prévue par les textes de référence ibériques et français. L'autonomie budgétaire de l'institution n'est cependant pas totale dans la mesure où son budget, quel que soit le pays considéré, se trouve toujours rattaché à celui d'un autre organe de l'Etat. Ainsi, sur la péninsule ibérique, la dotation économique nécessaire au fonctionnement de l'institution constitue une partie du budget du Parlement¹⁶⁵⁹. Confirmant la dépendance organique du Défenseur du Peuple à l'égard des Cortès Générales, ce rattachement du budget de l'ombudsman à celui du Parlement a fait l'objet, de l'autre côté des Pyrénées, d'importantes discussions au moment de l'adoption de la loi organique du Défenseur du Peuple. En atteste l'amendement, initialement adopté par le Sénat, se proposant de rattacher le budget de l'institution au budget général de l'Etat. Finalement rejeté par le Congrès, cet amendement poursuivait comme objectif de préserver l'autonomie et l'indépendance du Défenseur du Peuple en lui appliquant un régime équivalent à celui d'autres organes consacrés par la Constitution, tels que le Tribunal constitutionnel et le Conseil d'Etat¹⁶⁶⁰.

623. Quant à la France, le budget du Défenseur des droits dépend, à l'instar de l'ancien Médiateur de la République¹⁶⁶¹, de celui du Premier ministre. En ce sens, l'article 19 du décret du 29 juillet 2011, relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, précise que « *le comptable assignataire des recettes et des dépenses du Défenseur des droits est le contrôleur budgétaire et comptable ministériel des services du Premier ministre* ». Surtout, le budget alloué à l'institution dépend dans une large mesure des crédits votés chaque année par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi de finances¹⁶⁶².

624. Pour autant, il ne fait aucun doute que l'ombudsman spécialisé peut se prévaloir d'une autonomie certaine dans la gestion de son budget. Expressément prévue par l'article 40-2 du statut du *Provedor de Justiça* et l'article 10 de la loi du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, cette autonomie budgétaire et financière se traduit par la liberté laissée au titulaire de la fonction d'administrer son budget comme il le souhaite une fois celui-ci alloué. Par exemple, en France, le Défenseur des droits se présente comme l'unique ordonnateur des crédits qui lui sont affectés et le contrôle de ses comptes relève, à l'identique du *Provedor de*

¹⁶⁵⁹ Art. 37 de la loi organique du Défenseur du Peuple et art. 23-1 du décret-loi du 11 août 1993.

¹⁶⁶⁰ Rapporté par J.M. Alonso Seco, « Artículo 37 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 917.

¹⁶⁶¹ En vertu de l'article 15 de la loi du 3 janvier 1973, « *les crédits nécessaires à l'accomplissement des fonctions du Médiateur sont inscrits au budget du Premier ministre* ».

¹⁶⁶² A cet effet, l'article 10 de la loi du 29 mars 2011 précise que « *l'autonomie budgétaire du Défenseur des droits est assurée dans les conditions déterminées par une loi de finances* ».

*Justiça*¹⁶⁶³, de la seule compétence de la Cour des comptes¹⁶⁶⁴. En Espagne, également, si le Défenseur du Peuple doit rendre compte chaque année, en annexe de son rapport annuel, de la liquidation de son budget devant les Cortès Générales¹⁶⁶⁵, les décisions en matière d'ordonnancement des paiements et d'exécution du budget relèvent de sa seule compétence¹⁶⁶⁶.

625. Organe indépendant bénéficiant de ressources humaines et financières propres, l'ombudsman spécialisé peut également compter sur une organisation, tant interne que territoriale, aménagée pour la protection des droits fondamentaux.

§ 3. Une organisation cohérente et adaptée

626. Etudier l'organisation de l'*human rights ombudsman* implique de s'intéresser, non seulement à la structuration interne, mais également territoriale de l'institution. A l'échelle interne, l'ombudsman se présente, en France et sur la péninsule ibérique, comme un organe unipersonnel disposant du soutien de services spécialisés, compétents pour l'assister dans sa fonction de protection des droits fondamentaux (1). A l'échelon local, l'institution dispose du soutien de relais territoriaux (2).

A. Un organe unipersonnel disposant de services spécialisés

627. Composée du personnel précédemment identifié, l'organisation interne de l'ombudsman spécialisé peut être présentée sous la forme d'un organigramme au sein duquel cohabitent une équipe administrative, sur laquelle il n'apparaît pas nécessaire de s'attarder, et une équipe technique structurée en services spécialisés¹⁶⁶⁷ (2). L'ensemble étant placé sous l'autorité du titulaire de la fonction, ce qui en fait un organe de nature unipersonnel (1).

1. Un organe unipersonnel

628. Généralement privilégiée pour un système de type collégial¹⁶⁶⁸, la structuration de l'ombudsman en organe unipersonnel se présente comme un gage d'efficacité de l'institution.

¹⁶⁶³ En ce sens, v. L. Lingau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 706.

¹⁶⁶⁴ Art. 10 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.* du 30 mars 2011, p. 5504.

¹⁶⁶⁵ En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁶⁶⁶ En témoignent les articles 8k et 37 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple.

¹⁶⁶⁷ Pour une vision schématique de l'organisation interne du Défenseur des droits, du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, le lecteur pourra se reporter aux organigrammes de ces trois institutions figurant à l'annexe 2.

¹⁶⁶⁸ Un rapide tour d'horizon des pays disposant d'un ombudsman permet effectivement de constater que l'option de l'organe unipersonnel est généralement privilégiée. Certains exemples de pays ayant opté pour une structuration collégiale de l'institution sont toutefois donnés. C'est par exemple le cas de la Suède entre 1967 et 1975 où il existait un système collégial de trois *ombudsmen* placés sur un pied d'égalité, disposant d'un service commun et se répartissant librement les domaines de compétence. A l'origine d'un gaspillage de temps et de tensions entre des personnalités se faisant une conception différente de la gestion de la fonction de l'institution, cette organisation collégiale fut abandonnée par la réforme de 1975 qui porta le nombre des *ombudsmen* à quatre

En effet, sous couvert de conditions relatives à la personnalité du titulaire de la fonction, en somme « *la confiance qu'il inspirera à ceux qu'il est chargé de protéger et l'influence qu'il affirmera dans sa magistrature* »¹⁶⁶⁹, la personnalisation de l'institution permet de renforcer son autorité et, de surcroît, de faciliter l'identification du citoyen à ce mode de protection des droits fondamentaux. Ainsi, les pays ibériques et, de façon plus équivoque, la France ont privilégié la mise en place d'un organe de type individuel.

629. Sur la péninsule ibérique, le caractère individuel de l'institution ne laisse guère de place au doute. Certes, en Espagne, la présence d'adjoints et l'existence d'un bureau de coordination et de régime intérieur conduit certains auteurs à relativiser la nature d'organe unipersonnel du Défenseur du Peuple¹⁶⁷⁰. Mais, à la vérité, si du point de vue de l'orientation de la fonction de protection des droits de la personne humaine attribuée à l'institution une certaine collégialité se dégage, il apparaît possible d'affirmer que, en dernier ressort, l'organe demeure profondément unipersonnel. On en veut pour preuve, outre l'identité de nom entre l'institution et son titulaire¹⁶⁷¹, le fait que le Défenseur demeure l'autorité décisionnelle et le seul responsable devant les Cortès Générales¹⁶⁷². Par ailleurs, les adjoints demeurent soumis à l'autorité du titulaire de la fonction. En atteste l'article 3-2 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple, aux termes duquel « *les adjoints sont directement responsables de leur action devant le Défenseur du peuple* ». Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le Tribunal constitutionnel appréhende le Défenseur du Peuple comme un organe unipersonnel¹⁶⁷³.

630. En France, en revanche, la nature individuelle du Défenseur des droits se révèle moins évidente. Répondant à un besoin de rationalisation et de simplification du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux, la naissance de cette nouvelle institution résulte, à l'inverse du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, d'un processus de regroupement d'autorités administratives indépendantes déjà existantes au sein d'un organe unique. Or, sur le plan organisationnel, ce phénomène original d'agrégation¹⁶⁷⁴, dont il appartenait au législateur de préciser les contours¹⁶⁷⁵, se caractérise

et institua un ombudsman en chef, compétent pour diriger l'institution et impulser les grandes orientations de son activité (sur cette question, v. A. Legrand, « L'ombudsman parlementaire suédois. 1970-1990. Une originalité persistante », *op. cit.*, pp. 580-581).

¹⁶⁶⁹ Y. Rodriguez, « "Le Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *op. cit.*, p. 1238.

¹⁶⁷⁰ Pour des positions en ce sens, v. : A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 68 ; H. Oehling Ruiz, « El Defensor del Pueblo : algunos problemans de su adaptación orgánico-funcional », *R.E.P.*, 1991, n° 72, p. 104.

¹⁶⁷¹ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁷² En ce sens, v. : F. Fernández Segado, « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », *op. cit.*, p. 177 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁷³ STC 150/1990 du 4 octobre 1990, *B.O.E.* du 6 novembre 1990, FJ 1.

¹⁶⁷⁴ Une telle fusion n'est toutefois pas sans précédent. En témoigne le regroupement, opéré par la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière au sein de l'Autorité des marchés financiers (loi n° 2003-706, *J.O.* du 2 août 2003, p. 13220). Ou, encore, la création, par l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, de l'Autorité de contrôle prudentiel, en lieu et place de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, du Comité des entreprises d'assurance, du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et de la Commission bancaire (Ord. n° 2010-76, *J.O.* du 22 Janvier 2010, p. 1392).

par la mise en place, au côté du titulaire de la fonction, d'un délégué à la médiation et, surtout, de trois collègues spécialisés assistant le Défenseur pour l'exercice de ses attributions relatives au domaine de compétence des anciennes autorités regroupées que sont le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE¹⁶⁷⁶. Traduisant une volonté du législateur d'apaiser les nombreuses craintes exprimées au sujet de la disparition de structures ayant prouvé leur indépendance et leur attachement aux droits fondamentaux, cette réminiscence des autorités auxquelles se substitue le Défenseur des droits, qui ne va pas sans soulever un certain nombre de difficultés d'ordre pratique¹⁶⁷⁷, interroge inévitablement quant à la nature unipersonnelle de l'institution. Et ce d'autant plus que, composés des adjoints du Défenseur, qui occupent la fonction de vice-président¹⁶⁷⁸ et de personnalités non choisies par le représentant de l'institution¹⁶⁷⁹ ces collèges, présidés par le Défenseur, doivent être obligatoirement consultés lorsque l'institution se trouve saisie d'une question nouvelle qui relève de leur domaine de compétence. Aussi l'architecture interne du Défenseur des droits semble davantage rapprocher celui-ci d'un organe de type collégial qu'individuel.

631. Pourtant, une lecture plus attentive des dispositions de la loi organique relatives aux adjoints et aux collègues, à l'aune de la décision du Conseil constitutionnel du 29 mars 2011, permet de constater que le législateur a entendu dessiner « *une structure fortement personnalisée* »¹⁶⁸⁰.

632. Deux facteurs en témoignent.

¹⁶⁷⁵ L'article 71-1 de la Constitution se contente effectivement de préciser que la loi organique « *détermine les conditions dans lesquelles [le Défenseur des droits] peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions* ». C'est là un des nombreux renvois à la loi organique par le texte constitutionnel. Critiqué par certains auteurs, dont Agnès Martinel et Mayada Boulos, qui considèrent que le projet gouvernemental a rendu sur ce point une « coquille vide » (« Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*), un tel renvoi à la loi organique s'avère, en réalité, parfaitement logique dès lors que, comme le souligne le professeur Benoît Plessix, « *formellement, il ne revenait pas à un texte constitutionnel de se prononcer sur la disparition d'autorités administratives indépendantes dont aucune n'a d'existence constitutionnelle* » (« Des droits nouveaux pour les citoyens », *op. cit.*, p. 63).

¹⁶⁷⁶ Art. 11-I de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁶⁷⁷ Ce regroupement d'autorités indépendantes questionne inévitablement quant à la capacité du nouveau Défenseur à faire face au flot de plaintes qui lui seront adressées ou, encore, à concilier, voire à dépasser, des cultures juridiques et des modes de fonctionnement différents, propres aux autorités regroupées, afin de créer sa propre identité (sur ces questions, v. *infra*. n° 1152 et ss.).

¹⁶⁷⁸ Art. 11-II de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁶⁷⁹ En matière de déontologie de la sécurité, tout d'abord, le collège comprend trois personnalités désignées par le Président du Sénat, trois personnalités désignées par le Président de l'Assemblée nationale, un membre ou ancien membre du Conseil d'Etat désigné par le vice-président de l'institution et un membre ou ancien membre de la Cour de cassation désigné conjointement par le premier président et le procureur général de l'institution (art. 13 de la loi organique). Dans le domaine de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, ensuite, le collège est composé de deux personnalités désignées par le Président du Sénat, deux personnalités désignées par le président de l'Assemblée nationale, une personnalité désignée par le Président du Conseil économique, social et environnemental et un membre ou ancien membre de la Cour de cassation désigné conjointement par le premier président et le procureur général de l'institution (art. 14 de la loi organique). Dans le cadre de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, enfin, le collège comprend trois personnalités désignées par le Président du Sénat, trois personnalités désignées par le Président de l'Assemblée nationale, une personnalité désignée par le vice-président du Conseil d'Etat et une personnalité désignée par le premier président de la Cour de cassation (art. 15 de la loi organique).

¹⁶⁸⁰ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 919.

633. *Primo*, les trois adjoints se trouvent placés dans une véritable situation de subordination à l'égard du Défenseur des droits. Soumis, aux termes de l'article 11-II de la loi organique, à l'autorité du représentant de l'institution, ces derniers doivent non seulement saisir le Défenseur des réclamations qui leurs sont adressées¹⁶⁸¹, mais, en outre, se plier au règlement intérieur et au code de déontologie établis, en vertu de l'article 39 de la loi organique, par le titulaire de la fonction. Par ailleurs, et tel qu'il a déjà été souligné, le Premier ministre ne peut mettre fin, de façon anticipée, à leur mandat que sur proposition du Défenseur des droits.

634. *Secundo*, le Conseil constitutionnel est venu préciser à propos des collègues que leur consultation « n'a ni pour objet ni pour effet de limiter les attributions du Défenseur des droits seul compétent pour convoquer les collègues, fixer leur ordre du jour et apprécier les questions nouvelles qu'il doit soumettre à leur avis ». Libre d'apprécier le caractère nouveau des questions qui lui sont soumises, le Défenseur des droits n'est, de surcroît, aucunement « lié par les délibérations des collègues ». De sorte que, « entre polysynodie et exercice solitaire du pouvoir, il revient [...] au titulaire de la fonction de définir le rôle qu'il entend faire jouer à ces instances consultatives »¹⁶⁸². En toute hypothèse, le Défenseur des droits, à l'identique de ses homologues ibériques, dispose du soutien de services conçus pour l'assister dans sa fonction de défense des droits et libertés.

2. Le soutien de services spécialisés

635. Sous couvert du respect de deux exigences que sont la simplicité et l'absence de bureaucratisation¹⁶⁸³, la structuration de l'ombudsman spécialisé en différentes sections, respectivement compétentes pour connaître d'une matière spécifique dans le domaine des droits de la personne humaine, se présente comme une condition nécessaire au bon fonctionnement de l'institution. Bien entendu, l'organisation concrète de l'institution étant laissée à l'appréciation de son représentant, le nombre de sections et leur domaine d'intervention sont susceptibles de varier sensiblement d'une personnalité à l'autre¹⁶⁸⁴. Mais quel que soit le nombre de sections retenu, ces dernières constituent les organes vitaux de l'institution sans lesquels la fonction de protection des droits fondamentaux ne pourrait véritablement prendre forme.

636. Au Portugal, l'ensemble des sections forment l'*assessoria*. Expressément prévue par l'article 5 du décret-loi du 11 août 1993, l'*assessoria* assiste le *Provedor de Justiça* dans l'exercice de sa fonction de protection des droits de la personne humaine¹⁶⁸⁵. A l'heure actuelle, le *Provedor* Henrique Nascimento Rodrigues dispose du soutien de six sections,

¹⁶⁸¹ Art. 5 de la loi organique relative au Défenseur des droits. Il s'ensuit que toute demande transite nécessairement par le Défenseur des droits, seul compétent pour procéder à son appréciation.

¹⁶⁸² O. Dord, « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *op. cit.*, p. 962.

¹⁶⁸³ Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁸⁴ Ainsi, en Espagne, tandis que le premier Défenseur du Peuple, Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, s'appuyait sur douze sections pour mener à bien sa mission de protection des droits et libertés, le dernier titulaire en date de la fonction, Enrique Múgica Herzog s'est contenté de huit sections pour faire fonctionner l'institution.

¹⁶⁸⁵ Art. 6-1 du décret-loi du 11 août 1993.

compétentes pour connaître des problématiques relatives au droit à l'environnement et à la qualité de vie, aux droits des contribuables, des consommateurs et des agents économiques, aux droits sociaux, aux droits des travailleurs, au droit à la justice et à la sécurité et, enfin, à l'ensemble des autres droits fondamentaux, dont les droits des détenus et les droits des étrangers. A ces six sections traditionnelles s'ajoute un septième service spécialement aménagé pour gérer les questions intéressant les droits de l'enfant, des seniors et des personnes handicapées.

637. En Espagne, le Défenseur du Peuple compte actuellement huit sections équitablement réparties en deux blocs. Chaque bloc se trouve placé sous l'autorité d'un adjoint et, l'ensemble, sous la responsabilité du titulaire de la fonction. Les quatre premières sections, dont le fonctionnement relève de la compétence du premier adjoint, connaissent des questions relatives à la sécurité et à la justice, à l'administration économique, à l'immigration, à l'égalité de traitement et aux lieux privatifs de liberté. Les quatre suivantes, placées sous la responsabilité du second adjoint, sont en charge de la fonction et des emplois publics, de l'aménagement du territoire, de la politique sanitaire et sociale, de l'éducation et la culture.

638. Cette organisation sectorielle, calquée sur celle des ministères, se révèle particulièrement propice à l'efficacité de l'institution¹⁶⁸⁶. En effet, dans la mesure où l'administration publique, domaine d'intervention privilégié de l'ombudsman, se trouve subordonnée au gouvernement, l'existence d'une équivalence entre les services internes du Défenseur du Peuple et les différents portefeuilles ministériels facilite le travail de l'institution, ne serait-ce que pour identifier les services administratifs concernés par une plainte ou réunir les informations nécessaires pour traiter un dossier. En outre, elle permet au titulaire de la fonction de s'entourer de conseillers issus de l'administration gouvernementale, lesquels disposent, par définition, d'une parfaite connaissance du fonctionnement de leur administration d'origine et se montrent susceptibles d'exercer leur fonction en étroite collaboration avec cette dernière. L'organisation interne du Défenseur du Peuple se révèle d'autant plus salutaire que, malgré la division sectorielle sur laquelle elle repose, le travail ne s'en trouve pas cloisonné pour autant. Au contraire, selon Francisco Virseda Barca, conseiller du Défenseur du Peuple responsable du service des études et de la modernisation, il existe un important dialogue entre les différentes sections qui s'efforcent de coordonner leur action, notamment pour traiter les plaintes soulevant des problématiques transversales¹⁶⁸⁷.

639. En France, l'organisation interne du Défenseur des droits se rapproche de celle du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* puisque, parallèlement à l'existence d'adjoints et de collègues assistant le représentant de l'institution dans les domaines spécifiques de la défense et la promotion des droits de l'enfant, de la déontologie de la sécurité et de la lutte

¹⁶⁸⁶ A l'occasion d'une audition réalisée par la commission des lois du Sénat français dans le cadre du débat constitutionnel relatif à la mise en place du nouveau Défenseur des droits, Manuel Garcia Viso a effectivement souligné que « l'efficacité de l'institution tenait en grande partie à son organisation sectorielle calquée sur celle des ministères » (« Audition de M. Enrique Múgica Herzog, Défenseur du Peuple espagnol, et de M. Manuel Garcia Viso, chef de cabinet », Sénat, commission des lois, 21 mai 2008, [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr]).

¹⁶⁸⁷ Propos recueillis à l'occasion d'un entretien avec Monsieur Francisco Virseda Barca en avril 2010.

contre les discriminations et la promotion de l'égalité, le Défenseur dispose, à l'instar de l'ancien Médiateur de la République¹⁶⁸⁸, du soutien de sections spécialisées. Prévues par l'article 37 de la loi organique du 29 mars 2011, aux termes duquel « *le Défenseur des droits dispose de services placés sous son autorité* », ces sections, à l'heure actuelle au nombre de onze, se trouvent regroupées en quatre grands pôles que sont la protection sociale, le travail et l'emploi, la protection des personnes, la protection de l'accès aux biens et services et le pôle de l'expertise et des affaires judiciaires. A cela s'ajoute le département promotion des droits et de l'égalité, service à vocation transversale dont la fonction est de mettre en œuvre la promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant, la promotion des droits des personnes handicapées et la promotion des droits et libertés concernés par les activités de sécurité. « *Intervenant sur l'ensemble des missions de l'Institution, ce département mène des actions de communication, d'information et de valorisation propres à assurer la promotion de chacun de ces thèmes* »¹⁶⁸⁹. Se doit enfin d'être indiquée l'existence du département réformes institutionnelles, évaluation de l'action publique, documentation, études et recherches, spécialisé, notamment, dans l'élaboration des recommandations à finalité normative. Etant entendu que, l'ensemble de ces services se trouve placé sous l'autorité fonctionnelle du Secrétaire général et du Directeur général des services et, plus largement, du Défenseur des droits.

640. Organe unipersonnel bénéficiant du soutien de sections compétentes pour traiter les différentes plaintes adressées à l'institution, l'*human rights ombudsman* dispose également de relais territoriaux pour mener à bien sa mission de protection des droits fondamentaux.

B. Un organe unipersonnel disposant de relais territoriaux

641. La mise en place de collaborateurs de l'ombudsman à l'échelle locale permet non seulement de renforcer la présence de l'institution auprès de la population, mais également d'opérer une surveillance on ne peut plus étroite de l'administration territoriale. En cela, l'existence de services déconcentrés de l'ombudsman spécialisé contribue incontestablement à l'efficacité de sa fonction de protection des droits fondamentaux. Se présentant sous des formes différentes en France et au sein de la péninsule ibérique, l'organisation territoriale de l'institution se révèle, de surcroît, plus ou moins développée selon le système juridique considéré.

642. Sans nul doute est-ce en France que l'implantation de l'institution à l'échelon local s'avère la plus développée. En vertu de l'article 37 de la loi organique, le Défenseur des droits peut effectivement « *désigner, sur l'ensemble du territoire ainsi que pour les français à l'étranger, des délégués placés sous son autorité, qui peuvent, dans leur ressort géographique, instruire des réclamations* »¹⁶⁹⁰. Exerçant leurs fonctions à titre bénévole¹⁶⁹¹,

¹⁶⁸⁸ En ce sens, v. B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, pp. 97 et ss.

¹⁶⁸⁹ En ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 54.

¹⁶⁹⁰ Il convient de souligner que cette même disposition autorise également le Défenseur des droits à désigner un ou plusieurs délégués pour chaque établissement pénitentiaire.

¹⁶⁹¹ Art. 9 de la loi du 29 mars 2011.

ces délégués territoriaux, actuellement au nombre de 411¹⁶⁹², disposent d'un pouvoir de délégation identique à celui des conseillers pour mener à bien leur mission. A l'instar, naguère, du Médiateur de la République¹⁶⁹³, ils permettent au Défenseur des droits « *de compter sur un réseau couvrant la totalité du territoire national, apte à exercer en son nom les missions qui lui sont confiées* »¹⁶⁹⁴. Aussi leur existence revêt-elle une importance considérable. Importance clairement perçue par l'actuel titulaire de la fonction, Dominique Baudis, qui, à l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat, dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, a très clairement exprimé sa volonté « *de faire du Défenseur des droits une institution de proximité grâce à un maillage territorial* »¹⁶⁹⁵.

643. En dépit d'importantes revendications en ce sens lors de la mise en place de l'institution¹⁶⁹⁶, le Défenseur du Peuple espagnol ne dispose pas, à l'inverse du Défenseur des droits, de délégués territoriaux. En revanche, il existe, à l'échelle autonome, des structures analogues à l'institution nationale, répondant à l'appellation de Commissaires parlementaires des communautés autonomes¹⁶⁹⁷. Conséquence directe de la forme régionale de l'Etat espagnol¹⁶⁹⁸, la création de ces défenseurs régionaux est laissée à la libre appréciation des Communautés autonomes¹⁶⁹⁹. Le moins que l'on puisse dire est que la formule rencontre un succès certain puisque, à ce jour, pas moins de quatorze des dix-sept communautés autonomes

¹⁶⁹² Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁹³ Dans sa conception initiale, l'institution du Médiateur de la République ne comprenait pas d'échelon local. C'est à partir de 1978, avec M. Aimé Paquet, que les délégués départementaux ont commencé à apparaître. Par la suite, le décret du 18 février 1986 relatif aux délégués départementaux du médiateur (décret n° 86-237, *J.O.* du 25 février 1986, p. 2965) et la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ont expressément officialisé l'existence de l'échelon territorial de l'institution (sur ces questions, v. par ex. : *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, Le Médiateur de la République, La Doc. fr., Paris, 2003, pp. 59-63 ; J. Pelletier, « Vingt ans de médiation à la française », *R.F.D.A.*, 1992, p. 603 ; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, pp. 42 et ss.).

¹⁶⁹⁴ E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁹⁵ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre [en ligne]. Disponible sur [www.assemblee-nationale.fr] et [www.senat.fr].

¹⁶⁹⁶ La création de délégués du Défenseur du Peuple à l'échelle territoriale fut notamment défendue par le professeur Ricardo Pellón Rivero (en ce sens, v. A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 141).

¹⁶⁹⁷ Sur les commissaires parlementaires des communautés autonomes, le lecteur pourra utilement se référer à : L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1999 ; I. Folchi et A. Bayona, « La defensa de los derechos fundamentales y de las libertades publicas en el ambito de las comunidades autonomas. Instituciones similares al Defensor del Pueblo », *R.V.A.P.*, 1983, n° 6, p. 73 ; J. Sánchez López, « Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo) », in F. Balaguer Callejón (Dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto andaluz de administración pública, Sevilla, 2008, p. 63 ; F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ambito de las cominidades autonomas : principales problemas que se plantean », *op. cit.*, p. 2298.

¹⁶⁹⁸ En ce sens, v. L. Aguiar de Luque, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁹⁹ A l'origine de nombreuses controverses lors de la mise en place du Défenseur du Peuple, la nécessité de créer des institutions similaires au sein des Communautés autonomes n'a pu être tranchée par le constituant et le législateur organique, de sorte que rien dans la Constitution ni dans la loi organique n'exige ou n'interdit la mise en place de défenseurs régionaux. C'est pourquoi la nécessité de leur création est laissée à l'appréciation des communautés autonomes (en ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, pp. 40 et ss.).

espagnoles ont adopté ce genre d'institution¹⁷⁰⁰. Obéissant à une configuration institutionnelle similaire à celle du Défenseur du Peuple et poursuivant une fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux¹⁷⁰¹, ces défenseurs régionaux, auxquels s'ajoutent, dans certaines municipalités, des défenseurs locaux¹⁷⁰², se révèlent bienvenus. Malgré un risque de concurrence de l'activité du Défenseur étatique¹⁷⁰³, de tels organes sont effectivement susceptibles de s'ériger en véritables relais de l'institution nationale à l'échelon local. A ce titre, l'article 12-2 de la loi organique du 6 avril 1981 prévoit que les organes similaires des communautés autonomes coordonnent leur fonction avec celle du Défenseur du Peuple qui pourra exiger leur collaboration. Précisée par l'article 28 du Règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple et par la loi du 6 novembre 1985¹⁷⁰⁴, cette disposition, en dépit d'imperfections évidentes¹⁷⁰⁵, impose une collaboration entre le Défenseur du Peuple et les organes des similaires des communautés autonomes de nature à compenser, dans une certaine mesure, l'absence de services déconcentrés de l'institution étatique¹⁷⁰⁶. Dans cette perspective, le Défenseur du peuple a conclu des accords de coopération et de coordination avec l'ensemble des commissaires parlementaires des Communautés autonomes¹⁷⁰⁷. Ainsi, lorsque les commissaires parlementaires décèlent des irrégularités au sein d'une administration publique autre que celles des Communautés autonomes, ils sont tenus de communiquer au Défenseur du peuple les infractions et les irrégularités constatées, afin que ce dernier puisse intervenir. En outre, le Défenseur du Peuple organise chaque année des réunions de coordination avec les défenseurs régionaux pour débattre de questions communes et harmoniser les positions des différents organes¹⁷⁰⁸.

644. Au Portugal, en revanche, les relais territoriaux de l'institution s'avèrent assez limités puisque, aux termes de l'article 5-2 du décret-loi du 11 août 1993, le *Provedor de Justiça* ne

¹⁷⁰⁰ Il s'agit de l'Andalousie, de l'Aragon, des Asturies, des îles Baléares, des îles Canaries, de la Cantabrie, de Castille-La Manche, de Castille et León, de la Catalogne, de la Communauté de Valence, de la Galice, de la Navarre, du Pays Basque et de la Rioja.

¹⁷⁰¹ Sur ce point, v. L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, op. cit., pp. 123 et ss.

¹⁷⁰² Sur cette question, v. R. Cabrales del Valle, « Les défenseurs locaux en Espagne », in R. Passemiers, H. Reynaert et K. Steyvers (Ed.), *The impact of ombudsmen*, Vanden Broele Editions, 2009.

¹⁷⁰³ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1430 et ss.

¹⁷⁰⁴ Loi n° 36-1985 du 6 novembre 1985 sur la régulation des relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des communautés autonomes, *B.O.E.* du 12 novembre 1985, p. 35520.

¹⁷⁰⁵ A la vérité, l'ensemble du régime juridique légal d'organisation des rapports entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires des Communautés autonomes se révèle intrinsèquement lacunaire et souffre, de surcroît, d'une obsolescence de nature à préjudicier à son efficacité.

¹⁷⁰⁶ Sur les relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des communautés autonomes, v. entre autres : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines », *R.E.A.L.A.*, 1989, n° 243, p. 527 ; L. Feltrer Rambaud, « Artículo 12 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 311-316 ; J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 259 ; A. Lopes Basaguren, « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas. Su regulación en la Ley 36/1985 », *R.V.A.P.*, 1986, n° 14, p. 251 ; J.A. Razquin Lizarraga, « Las relaciones con el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales y otras instituciones análogas », in A. Pérez Calvo (Dir.), *El Defensor del Pueblo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2009, p. 303.

¹⁷⁰⁷ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 95.

¹⁷⁰⁸ Sur ce point, v. F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramón Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio*, 25 años, op. cit., p. 22.

dispose d'extensions que dans les seules régions autonomes des Açores et de Madère. Il convient cependant de ne pas s'inquiéter outre mesure de cet état de fait. Compte tenu de la superficie relativement modeste du pays et du nombre modéré de ses habitants¹⁷⁰⁹, à tout le moins par rapport à des pays comme l'Espagne et la France, l'absence de réseau territorial particulièrement développé ne semble pas de nature à entraver l'action du *Provedor de Justiça*.

645. Autorité indépendante disposant de ressources propres et d'une organisation cohérente et adaptée, l'*human rights ombudsman* peut se prévaloir d'un statut particulièrement approprié à l'exercice de sa mission de protection des droits fondamentaux. Certes, le Défenseur des droits, compte tenu du contexte de mise en place de l'institution et, surtout, de son processus de formation, accuse, une fois de plus, des différences notables par rapport à ces homologues espagnol et portugais. Mais, à l'exception du mode de nomination du titulaire de la fonction et des interrogations soulevées par l'organisation interne de l'institution, l'essentiel semble sauf. D'autant plus que les modalités d'interventions de l'ombudsman spécialisé se révèlent à leur tour adaptées à sa mission de protection des droits fondamentaux.

Section 3 – Des modalités d'intervention adaptées à la protection des droits fondamentaux

646. Principalement trois facteurs permettent d'affirmer que l'*human rights ombudsman* peut compter sur des modalités d'intervention adaptées à sa mission de protection des droits fondamentaux. Tout d'abord, la saisine facilitée de l'institution (§ 1). Ensuite, l'existence d'une procédure d'investigation favorable à la détection des atteintes portées aux droits et libertés (§ 2). Enfin, la mise à disposition de prérogatives étendues (§ 3).

647. Avant d'approfondir ces trois éléments, il convient toutefois de préciser que l'absence d'homogénéité qui caractérise le Défenseur des droits s'exprime avec une acuité particulière en cette matière. Une telle situation trouve une explication logique au regard du fait que le législateur, animé par un souci permanent de préserver les spécificités propres à chaque autorité regroupée¹⁷¹⁰, s'est trouvé obligé de composer avec deux cultures différentes, parfois contradictoires, que sont, d'un côté, une culture de médiation, propre à l'ancien Médiateur de la République et au Défenseur des enfants, et, d'un autre côté, une culture de contrôle et d'enquête, sensiblement plus contraignante, apanage de la CNDS et de la HALDE¹⁷¹¹. Il s'ensuit que le Défenseur des droits, à la différence du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, se définit, aussi bien du point de vue de ses modalités d'accès que de l'exercice de ses pouvoirs d'investigation et de résolution des atteintes portées aux droits fondamentaux, en fonction d'une importante hétérogénéité¹⁷¹².

¹⁷⁰⁹ Le Portugal compte actuellement dix millions cinq cent mille habitants.

¹⁷¹⁰ En ce sens, v. not. : F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, pp. 917 et ss.

¹⁷¹¹ En ce sens, v. C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 416.

¹⁷¹² *Ibid.*, pp. 917-918.

§ 1. Une saisine de l'institution facilitée

648. Condition préalable à la mise en œuvre de la fonction de protection des droits fondamentaux attribuée à l'institution, la saisine de l'ombudsman se doit d'être la plus aisée possible. Or, en France et sur la péninsule ibérique, le recours à l'institution se distingue au regard d'une grande simplicité. Essentiellement deux facteurs en témoignent. D'une part, la diversité des voies d'accès à l'ombudsman (A), d'autre part, la souplesse des conditions de recevabilité des plaintes qui lui sont adressées (B).

A. La diversité des voies d'accès

649. Communes au Défenseur des droits et au modèle ibérique, trois voies d'accès à l'ombudsman permettent d'activer le contrôle de l'institution : tout d'abord, la saisine à l'initiative des particuliers (1), ensuite, la saisine par un parlementaire ou un organe du Parlement (2), enfin, l'action d'office par le représentant de l'institution lui-même (3).

1. La saisine à l'initiative des particuliers

650. Généralement privilégiée à un système d'accessibilité indirecte¹⁷¹³, la possibilité donnée aux particuliers de s'adresser directement à l'ombudsman, en tant qu'elle favorise l'instauration d'un climat de confiance entre l'institution et les bénéficiaires de cette forme de protection non juridictionnelle¹⁷¹⁴, constitue un élément psychologique d'une importance capitale pour les citoyens¹⁷¹⁵. Or, qu'il s'agisse de l'Espagne¹⁷¹⁶, du Portugal¹⁷¹⁷ ou de la France¹⁷¹⁸, le constituant et le législateur ont fait le choix de permettre aux particuliers d'adresser directement leurs plaintes à l'institution¹⁷¹⁹.

651. Sur ce point, la mise en place du Défenseur des droits se trouve à l'origine d'une avancée notable puisque, jusqu'à présent, le principe de l'accessibilité directe ne valait que pour le Défenseur des enfants et la HALDE. En ce qui concerne la CNDS et le Médiateur de la République, la saisine reposait, en effet, sur un système de filtre parlementaire. Les réclamations des particuliers devaient être adressées à un député ou un sénateur qui transmettait la demande si elle lui paraissait entrer dans le champ de compétence de l'institution et mériter son intervention¹⁷²⁰. Deux explications étaient alors avancées pour

¹⁷¹³ L'étude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits relève en ce sens que les médiateurs nationaux de 23 des 27 pays de l'Union européenne, tout comme le Médiateur européen, peuvent être saisis directement par les individus (*Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, op. cit.*, p. 9).

¹⁷¹⁴ En ce sens, v. Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, op. cit., p. 82.

¹⁷¹⁵ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit., p. 40.

¹⁷¹⁶ Art. 10-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁷¹⁷ Art. 23-1 de la Constitution et art. 3 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁷¹⁸ Art. 71-1 de la Constitution et art. 5-1 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁷¹⁹ La notion de particulier doit être entendue largement comme englobant les personnes physiques et morales, nationales comme étrangères.

¹⁷²⁰ Art. 6 de la loi du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur et art. 4 de la loi du 7 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de sécurité.

justifier cette « *fonction de décantation* »¹⁷²¹. En premier lieu, le fait que les élus du peuple constituent les intercesseurs naturels entre les administrés et les pouvoirs publics¹⁷²². En second lieu, « *la volonté d'éviter un afflux incontrôlable de demandes de tous ordres et de retenir les litiges ou difficultés présentant un caractère sérieux ou réellement préjudiciable* »¹⁷²³.

652. Pour autant, un tel système de saisine, pointé du doigt par les observateurs étrangers¹⁷²⁴, n'en demeurerait pas moins porteur de réels inconvénients. De par la complexité de la procédure et le « *sentiment de gêne à solliciter le concours d'une personnalité politique* »¹⁷²⁵, le passage obligé par un parlementaire participait souvent d'un découragement de la victime. Et lorsque cette dernière ne renonçait pas à se plaindre, l'appréciation discrétionnaire de la recevabilité de la plainte par le parlementaire rendait sa transmission très aléatoire. Phénomène particulièrement prégnant dans le domaine de la déontologie de la sécurité où certains parlementaires, afin de ne pas donner l'impression de cautionner la démarche du plaignant et, partant, de mettre en cause les agents visés, décidaient de ne pas transmettre un dossier alléguant un manquement à la déontologie d'un agent de sécurité, alors même que les conditions formelles de saisine étaient réunies¹⁷²⁶.

653. Dans ces conditions, la mise en place du Défenseur des droits doit être saluée car, désormais, les particuliers, s'ils peuvent toujours adresser leurs plaintes par l'intermédiaire d'un parlementaire¹⁷²⁷, sont en mesure de saisir directement l'institution¹⁷²⁸. S'agissant du Médiateur de la République, il convient toutefois de reconnaître que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a fait qu'accorder le droit avec la pratique dans la mesure où, depuis quelques années déjà, l'institution ne rejetait plus aucune demande pour défaut de saisine parlementaire. Elle demandait simplement aux réclamants de régulariser leur démarche¹⁷²⁹.

¹⁷²¹ B. Maligner, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷²² Ph. Bardiaux, « Le modèle continental », *op. cit.*, p. 2.

¹⁷²³ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷²⁴ D.C. Rowat, « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? », *op. cit.*, p. 574.

¹⁷²⁵ Ph. Bardiaux, *op. cit.*, p. 9. Dans le même sens, v. P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷²⁶ En ce sens, v. P. Gélard, *Rapport n° 482*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷²⁷ L'article 7-1 de la loi organique du 29 mars 2011 prévoit en effet qu'« *une réclamation peut être adressée à un député, à un sénateur ou à un représentant français au Parlement européen, qui la transmet au Défenseur des droits s'il estime qu'elle appelle son intervention. Le Défenseur des droits informe le député, le sénateur ou le représentant français au Parlement européen des suites données à cette transmission* ». La saisine indirecte se trouve ainsi étendue aux domaines de la protection des droits de l'enfant et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Sur ce point, la France se rapproche du Portugal où les plaintes peuvent être adressées au *Provedor de Justiça* par l'intermédiaire des commissions parlementaires ou des députés (art. 26 du statut) et, de façon plus originale, des agents du ministère public (art. 25-3 statut).

¹⁷²⁸ Sur ce point, v. : L. Cluzel-Metayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 450 ; M.-C. de Montecler, « Le Défenseur des droits pourra être saisi directement par les citoyens », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1584.

¹⁷²⁹ En ce sens, v. par ex. : Médiateur de la République, *Rapport annuel 2008*, La Doc. fr., Paris, 2009, p. 73. Pour une approche approfondie v. A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, pp. 59-60.

654. Une autre possibilité de déclenchement de l'intervention de l'*human rights ombudsman* réside dans la saisine de l'institution à l'initiative d'un parlementaire ou d'un organe du Parlement.

2. La saisine par les organes et les membres du Parlement

655. Susceptible de s'expliquer, du moins en France, au regard de la volonté de ménager un organe que le Défenseur des droits vient concurrencer¹⁷³⁰, l'ouverture de la saisine de l'ombudsman spécialisé aux parlementaires favorise sans aucun doute l'instauration d'une collaboration entre deux institutions garante de l'effectivité des droits fondamentaux¹⁷³¹.

656. En Espagne, la possibilité pour le Parlement d'adresser une réclamation au Défenseur du Peuple se trouve consacrée par la loi organique du 6 avril 1981. Aux termes de son article 10-2, un député, un sénateur, une commission d'enquête en rapport avec la défense des droits et libertés ou, encore, la commission mixte Congrès-Sénat chargée des relations avec le Défenseur du Peuple, peuvent solliciter, par le biais d'une demande écrite et motivée, l'intervention du Défenseur en vue d'une enquête ou de l'éclaircissement de faits, ordres ou conduites s'étant produits dans une administration publique et affectant un citoyen ou un groupe de citoyens.

657. Dans un sens similaire, l'article 7 de la loi organique relative au Défenseur des droits prévoit à son alinéa premier que les membres du Parlement peuvent, de leur propre initiative, saisir ce dernier d'une question qui leur paraît appeler son intervention. A cela, le deuxième alinéa ajoute la possibilité pour le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat de transmettre au Défenseur des droits, sur la demande de l'une des commissions permanentes de son assemblée, toute pétition dont l'assemblée a été saisie et qui relève du domaine de compétence du Défenseur. En outre et de façon tout à fait originale, le Médiateur européen ou un homologue étranger peuvent, toujours selon l'article 7 de la loi organique, adresser au Défenseur des droits les réclamations qui paraissent relever de sa compétence et appeler son intervention.

658. Au Portugal, en revanche, l'accès des parlementaires au *Provedor de Justiça* se révèle plus limité qu'en Espagne et en France. Habilités, en vertu de l'article 26 du statut du 9 avril 1991, à faire parvenir au *Provedor* les plaintes qui leurs sont adressées par les particuliers, les députés de l'Assemblée de la République ne sauraient effectivement saisir l'institution de leur propre initiative.

659. En fin de compte, la troisième et dernière possibilité d'activation de l'*human rights ombudsman* réside dans la capacité d'action d'office de l'institution.

¹⁷³⁰ C'est toutefois l'interprétation qu'en donne le professeur Bénédicte Delaunay s'agissant du Médiateur de la République (*L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, op. cit.*, p. 669).

¹⁷³¹ Sur cette collaboration, v. *infra*. n° 917 et ss.

3. La capacité d'action d'office

660. Trait caractéristique du modèle originel scandinave, la capacité d'action d'office de l'ombudsman se présente comme un outil essentiel pour permettre à celui-ci, d'une part, de mener une action continue¹⁷³², indépendamment des plaintes qui lui sont adressées, d'autre part, de protéger le citoyen qui, par ignorance, timidité ou résignation, renonce à se plaindre d'une atteinte portée à ses droits et libertés. Expressément consacrée par la France¹⁷³³ et les pays ibériques¹⁷³⁴, cette faculté présuppose, pour s'exercer, que le représentant de l'institution « ait connaissance par le biais de la presse ou toute autre source d'information de l'existence d'une présumée violation des droits fondamentaux »¹⁷³⁵.

661. En France, la possibilité pour le Défenseur des droits de s'auto-saisir, qui n'était pas prévue par le projet de loi constitutionnelle¹⁷³⁶, participe, à son tour, au renforcement du système non juridictionnel de protection des droits fondamentaux dans la mesure où, auparavant, seule la HALDE disposait d'une telle capacité¹⁷³⁷. Certes, le Défenseur des enfants, confronté au silence des textes, n'hésitait pas à intervenir d'office en présence d'une atteinte caractérisée aux droits et libertés de l'enfant¹⁷³⁸. En revanche, le Médiateur de la République et la CNDS se refusaient, en l'absence de disposition législative explicite, de pratiquer l'auto-saisine. C'est pourquoi l'introduction du Défenseur des droits se doit, une fois de plus, d'être saluée. D'autant que le législateur organique, soucieux de respecter la volonté des victimes, a pris soin d'encadrer cette faculté attribuée à l'institution. A savoir que le Défenseur des droits ne peut intervenir d'office qu'avec l'accord de l'intéressé ou de ses ayants-droits. Toutefois, il peut toujours se saisir des cas lui paraissant mettre en cause l'intérêt supérieur d'un enfant et des cas relatifs à des personnes qui ne sont pas identifiées ou dont il ne peut recueillir l'accord¹⁷³⁹.

662. Facilitée par la diversité des voies d'accès à l'institution, le déclenchement de la procédure de contrôle opérée par l'*human rights ombudsman* l'est également au regard de la souplesse des conditions de recevabilité des plaintes.

¹⁷³² En ce sens, le professeur Anne-Marie Frison-Roche souligne que « l'auto-saisine, même si elle peut poser problème au regard de l'impartialité, [...] est un outil essentiel pour permettre aux autorités administratives indépendantes d'avoir une action continue » (cité par P. Gélard, *Rapport n° 482, op. cit.*, pp. 84-85).

¹⁷³³ En France, la capacité d'action d'office du Défenseur des droits est inscrite au sein même du texte constitutionnel.

¹⁷³⁴ En Espagne, cette faculté est consacrée par l'article 9-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple. Au Portugal, elle est prévue par les articles 4 et 24-1 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁷³⁵ J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 301. Dans le même sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 714.

¹⁷³⁶ Projet de loi constitutionnelle n° 820 adopté en Conseil des ministres le 23 avril 2008, *op. cit.*

¹⁷³⁷ Art. 4-1 de la loi du 30 décembre 2004 (loi n° 2004-1486, *op. cit.*).

¹⁷³⁸ P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 404 fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, tome I, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷³⁹ Art. 8 de la loi organique.

B. La souplesse des conditions de recevabilité des plaintes

663. Appréhendée comme un droit fondamental à part entière par une partie de la doctrine portugaise¹⁷⁴⁰, la possibilité pour toute personne d'adresser à l'ombudsman des réclamations de forme individuelle ou collective, en vue de faire cesser une violation portée à l'un de ses droits ou libertés constitutionnellement reconnus, se présente comme le principal catalyseur de la mission de protection des droits fondamentaux dévolue à l'institution¹⁷⁴¹. Par conséquent, il apparaît indispensable que les conditions de recevabilité des plaintes, dont l'examen est généralement confié à un service spécialement créé à cet effet¹⁷⁴², ne soient pas trop restrictives. Etant entendu que, à ce stade de la procédure, il ne s'agit pas de contrôler les dires des réclamants, mais seulement de vérifier si les exigences légales préalables à l'examen de la plainte au fond sont remplies¹⁷⁴³. Or, en France et sur la péninsule ibérique, ces exigences préalables se trouvent réduites au strict minimum. Gratuit et dispensé du ministère d'avocat¹⁷⁴⁴, l'accès à l'ombudsman se distingue par sa simplicité. Afin d'appréhender plus en détail ce régime, deux précisions méritent d'être apportées.

664. *Primo*, et c'est là un risque de forclusion du requérant suffisamment important pour songer à une modification du droit positif¹⁷⁴⁵, en France et de l'autre côté des Pyrénées, la saisine de l'ombudsman n'est pas une cause d'interruption, de suspension ou de prorogation des délais de prescriptions des recours administratifs ou contentieux¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁰ Par exemple, le professeur André Salgado de Matos considère que, dans la mesure où le *Provedor de Justiça* est inscrit au sein des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et devoirs fondamentaux, le droit d'adresser des plaintes au *Provedor* doit être considéré, à l'instar du droit au juge, comme un droit fondamental à part entière (« O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa », *op. cit.*, p. 181).

¹⁷⁴¹ En effet, dans la mesure où l'accès à l'ombudsman spécialisé est directement ouvert aux particuliers, le travail quotidien de l'institution réside essentiellement dans le traitement des plaintes que ces derniers lui adressent (en ce sens, v. : A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 83 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 35).

¹⁷⁴² En Espagne, par exemple, il s'agit du service du registre. Ce dernier, lorsqu'il réceptionne une plainte, procède, préalablement à son examen, à son enregistrement et à la délivrance, en vertu de l'article 15-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple, d'un accusé de réception à l'adresse de son signataire, et ce que la plainte soit ultérieurement déclarée recevable ou irrecevable.

¹⁷⁴³ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁴⁴ En ce sens, v. les articles 6-1 de la loi organique relative au Défenseur des droits, 15-2 de la loi organique du Défenseur des droits et 39 du statut du *Provedor de justiça*.

¹⁷⁴⁵ V. *infra*, n° 1339-1343.

¹⁷⁴⁶ En France, tout d'abord, l'article 6-3 de la loi organique relative au Défenseur des droits dispose : « La saisine du Défenseur des droits n'interrupt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux ». En Espagne, ensuite, l'article 23-2 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple affirme : « Le dépôt d'une plainte auprès du Défenseur du peuple et toute déclaration de recevabilité pouvant être rendue à son égard, n'ont nullement pour effet de suspendre les délais fixés par les lois pour faire appel, que ce soit par la voie administrative ou juridictionnelle, ni l'exécution de la décision ou de l'acte concerné par la plainte ». Au Portugal, enfin, la doctrine déduit des articles 23-2 de la Constitution et 21-2 du statut du 9 avril 1991, consacrant le principe d'indépendance de l'activité du *Provedor de Justiça* des recours gracieux et contentieux prévus par la Constitution, que la saisine du *Provedor* n'est pas une cause d'interruption et de prorogation des délais relatifs auxdits recours (en ce sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 713).

665. *Secundo*, la résurgence des autorités indépendantes regroupées au sein du Défenseur des droits se traduit par une variation des conditions de recevabilité des plaintes selon la matière considérée¹⁷⁴⁷.

666. Cela étant précisé, il apparaît possible d'affirmer que l'admissibilité des réclamations adressées à l'ombudsman se trouve soumise à des conditions relativement souples, tant sur le plan formel (1), procédural (2) que matériel (3).

1. Les conditions formelles

667. Sur le plan formel, les conditions de recevabilité des plaintes adressées à l'ombudsman tiennent essentiellement à la transmission d'informations de nature à permettre l'identification de l'auteur et la nature de la réclamation.

668. Ainsi, en France, l'article 1^{er} du décret du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits exige que les personnes physiques ou morales qui saisissent l'institution indiquent par écrit, en apportant toutes précisions utiles, les faits qu'elles invoquent au soutien de leur réclamation. S'agissant des plaintes adressées par les associations dans les domaines de la protection de l'enfance et de la lutte contre les discriminations, cette même disposition impose une copie des statuts de l'association requérante.

669. De façon relativement identique, l'article 15-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple dispose que les plaintes doivent être revêtues de la signature de l'intéressé, faire état de ses nom, prénom et adresse, dans un écrit rédigé sur papier libre et être présentées dans un délai maximum d'un an à compter de la survenance des faits. Sur ce dernier point, le Défenseur du Peuple se démarque sensiblement de ses homologues français et portugais dans la mesure où la recevabilité des plaintes adressée au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça* n'est soumise à aucune condition de délai¹⁷⁴⁸. Or, les droits fondamentaux se distinguant au regard de leur imprescriptibilité, cette limitation temporelle de l'accès au Défenseur du Peuple, critiquée par une frange non négligeable de la doctrine espagnole, ne convainc par véritablement¹⁷⁴⁹.

670. Quant au Portugal, les modalités de la saisine du *Provedor de Justiça* se veulent encore plus libérales puisque l'article 25-1 prévoit que les plaintes, dès lors qu'elles précisent l'identité du plaignant, son domicile et, dans la mesure du possible, sa signature, peuvent être

¹⁷⁴⁷ En ce sens, v. : F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, pp. 917-918 ; L. Cluzel-Metayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 455 et ss.

¹⁷⁴⁸ Au Portugal, l'absence de délai prescriptif résulte de l'article 24-2 du statut du 9 avril 1991. En France, elle peut être déduite du silence des textes de référence, en particulier du décret du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits. En revanche, le Défenseur du Peuple se rapproche sur ce point de l'ombudsman finlandais qui « ne peut examiner une plainte portant sur une affaire vieille de plus de cinq ans, à moins que des raisons particulières ne justifient son dépôt » (*Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 59).

¹⁷⁴⁹ Sur cette question, v. *infra*. n° 1418.

présentées sous forme orale ou écrite. De surcroît, il convient de mentionner la création de deux lignes téléphoniques gratuites, la ligne verte des « messages de l'enfant » et la ligne de la personne âgée, respectivement inaugurées en 1992 et 1999, afin d'accélérer le traitement des questions liées aux droits des enfants et des seniors¹⁷⁵⁰.

2. Les conditions procédurales

671. Etrangères au *Provedor de Justiça*, les conditions procédurales de recevabilité des plaintes adressées à l'ombudsman tiennent, d'un côté, à l'obligation pour le plaignant d'effectuer, préalablement à la saisine de l'institution, les démarches nécessaires auprès des personnes publiques ou des organismes en cause, de l'autre, à l'absence de procédure juridictionnelle en cours sur la question objet de la plainte. Tandis que la première condition se révèle spécifique au Défenseur des droits, la seconde intéresse principalement le Défenseur du Peuple.

672. Prévu par l'article 6-2 de la loi organique du 29 mars 2011, le principe selon lequel la saisine du Défenseur des droits ne dispense pas des démarches préalables auprès des personnes publiques ou des organismes en cause s'inscrit dans la continuité de l'article 7-1 de la loi du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur¹⁷⁵¹. Imposant à l'auteur d'une réclamation de produire tous les éléments de nature à justifier l'accomplissement de telles démarches¹⁷⁵², cette exigence ne brille pas par sa précision. Aussi convient-il d'espérer que le Défenseur des droits en fera une lecture aussi souple que l'ancien Médiateur. Dès son premier rapport d'activité¹⁷⁵³, celui-ci précisait, en effet, que l'exigence de démarche préalable ne doit pas forcément consister dans un véritable recours administratif, gracieux ou hiérarchique, mais simplement dans n'importe quelle manifestation de l'administré auprès de l'organisme dont il critique le fonctionnement, sous couvert que cette manifestation ait rendu possible une prise de position de la part dudit organisme. Pour l'heure, la seule certitude réside dans le fait que, conformément à la volonté du législateur de tenir compte des spécificités propres aux différentes autorités indépendantes regroupées au sein du nouveau Défenseur, cette obligation préalable à la saisine de l'institution ne joue pas dans les domaines de la protection de l'enfance et de la déontologie de la sécurité¹⁷⁵⁴.

673. L'impossibilité pour l'ombudsman spécialisé de connaître de plaintes portant sur des questions faisant l'objet d'une procédure judiciaire en cours intéresse essentiellement le Défenseur du Peuple. Aux termes de l'article 17-2 de la loi organique du 6 avril 1981, l'ombudsman espagnol ne saurait effectivement procéder à l'examen des plaintes en attente

¹⁷⁵⁰ Sur ce point, v. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, op. cit., pp. 146-147.

¹⁷⁵¹ En vertu de cette disposition, la réclamation adressée au Médiateur de la République « doit être précédée des démarches nécessaires auprès des administrations intéressées ».

¹⁷⁵² L'article 1^{er} du décret du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits précise en effet que « l'auteur d'une réclamation présentée au titre du 1^o de l'article 4 de la loi organique susvisée produit tous éléments de nature à justifier des démarches qu'il a préalablement accomplies auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause ».

¹⁷⁵³ Médiateur de la République, *Rapport annuel 1973*, La Doc. fr., Paris, 1974, pp. 47-48.

¹⁷⁵⁴ Art. 6-2 de la loi organique.

de décision judiciaire. Cette même disposition, en précisant que cela n'empêche pas qu'une enquête soit réalisée sur les problèmes généraux exposés dans les plaintes, introduit toutefois une atténuation de nature à semer le doute quant à la portée exacte de cette limitation relative à la recevabilité des réclamations adressées à l'institution¹⁷⁵⁵.

674. En France et au Portugal, en revanche, il n'existe pas de limitation équivalente. S'agissant du Défenseur des droits, celui-ci a néanmoins l'obligation, lorsqu'il est saisi, ou se saisit d'office, de faits donnant lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, de recueillir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur de la République pour mettre en œuvre ses pouvoirs d'enquête que lui confèrent les articles 18, 20 et 22 de la loi organique¹⁷⁵⁶. Obligation étendue à la mise en œuvre de ses prérogatives de médiation et de transaction, respectivement consacrées par les articles 26 et 28 de la loi organique, lorsqu'il intervient en matière de lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité¹⁷⁵⁷. Mais, quoi qu'il en soit, il n'existe pas, en France, de disposition équivalente à l'article 17-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple interdisant au Défenseur des droits de connaître des réclamations portant sur des questions faisant l'objet d'une affaire judiciaire en cours.

675. Pour ce qui est du *Provedor de Justiça*, le principe constitutionnel d'indépendance de l'activité de l'institution des recours gracieux et contentieux¹⁷⁵⁸, principe concrétisé par l'article 21-2 du statut du 9 avril 1991¹⁷⁵⁹, postule que la recevabilité des plaintes qui lui sont adressées n'est nullement limitée par l'existence d'un recours pendant devant une juridiction¹⁷⁶⁰. Il convient néanmoins de souligner que lorsque la plainte dont le *Provedor de Justiça* est saisi fait l'objet d'un recours gracieux ou contentieux, celui-ci peut décider de limiter discrétionnairement son action afin de transmettre la plainte à l'autorité compétente¹⁷⁶¹. Conduisant le professeur Diogo Freitas do Amaral à affirmer que lorsque la plainte a exactement le même objet qu'un procès judiciaire en cours, le *Provedor* doit décliner sa compétence afin d'éviter, d'une part, l'apparition de solutions contradictoires, d'autre part, le respect du principe *non bis in idem*¹⁷⁶², cette disposition, qui ne trouve guère d'équivalent au sein des systèmes juridiques étrangers¹⁷⁶³, se présente comme l'une des clés de voute du

¹⁷⁵⁵ Sur ce point, v. : F.M. Bruñén Barberá, « Artículo 17 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 437 et ss. ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., pp. 89-90 ; L. Parejo Alfonso, « El Defensor del Pueblo como institución de control de la administración pública (contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones) », op. cit., pp. 120-121.

¹⁷⁵⁶ Art. 23 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

¹⁷⁵⁸ Art. 23-2 de la Constitution portugaise, op. cit.

¹⁷⁵⁹ En vertu de cette disposition, « l'action et l'intervention du *Provedor de Justiça* ne sont pas limitées par l'utilisation des recours gracieux et contentieux prévus par la Constitution et les lois ».

¹⁷⁶⁰ En ce sens, v. A. Salgado de Matos, « O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa », op. cit., pp. 171 et ss.

¹⁷⁶¹ Art. 32-1 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁷⁶² D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do "ombudsman" », op. cit., p. 35.

¹⁷⁶³ En Europe, seules l'Albanie et la République Tchèque ont fait le choix d'attribuer à l'ombudsman une prérogative équivalente à celle du *Provedor de Justiça*, permettant à l'institution de déterminer discrétionnairement des suites à donner à une plainte portant sur une question faisant également l'objet d'un recours devant l'administration ou une juridiction (en ce sens, v. A. Salgado de Matos, op. cit., p. 197).

système de collaboration entre le *Provedor* et les autres mécanismes de garantie des droits fondamentaux¹⁷⁶⁴.

3. Les conditions de fond

676. Ouvert à toute personne physique ou morale, indistinctement de sa nationalité, l'accès à l'*human rights ombudsman* se trouve toutefois conditionné, en Espagne et en France du moins, par la satisfaction de certaines conditions de fond tenant, pour l'essentiel, à l'existence d'un intérêt légitime à agir. Au Portugal, en revanche, le régime d'accès au *Provedor de Justiça*, connu pour son caractère libéral¹⁷⁶⁵, se distingue, à l'identique du modèle originel de l'ombudsman scandinave¹⁷⁶⁶, par l'absence de toute exigence d'intérêt direct, personnel ou légitime pour saisir l'institution¹⁷⁶⁷. De sorte que les seules hypothèses d'irrecevabilité des plaintes adressées à l'ombudsman portugais, fixées par l'article 27-2.b) du statut du 9 avril 1991, résident dans la mauvaise foi ou l'absence de fondement des réclamations¹⁷⁶⁸.

677. En Espagne, l'exigence d'un intérêt légitime comme condition d'accès au Défenseur du Peuple se trouve expressément consacrée par l'article 10-1 de la loi organique. Une telle exigence, qui n'emporte pas l'adhésion au sein de la doctrine espagnole¹⁷⁶⁹, explique très certainement la précision apportée par le législateur à l'article 17-3¹⁷⁷⁰. Aux termes de cette disposition, sont automatiquement rejetées les plaintes anonymes, faites de mauvaise foi, dépourvues de fondement, sans prétention, ou susceptibles de léser les droits légitimes d'une tierce personne. Malgré cette précision, la signification exacte du concept d'intérêt légitime n'en demeure pas moins assez floue. A s'en tenir à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, il s'agirait d'un intérêt au sens propre, qualifié, spécifique et juridiquement protégé, plus large que la notion de droits-subjectifs ou, encore, d'intérêt direct¹⁷⁷¹. En somme, une conception relativement souple, favorable à une compétence étendue du Défenseur du Peuple.

678. En France, au contraire, l'exigence d'un intérêt légitime comme condition de recevabilité des plaintes adressées au Défenseur des droits n'apparaît pas expressément à la lecture des dispositions constitutionnelles et législatives. La satisfaction d'une telle exigence

¹⁷⁶⁴ V. *infra*, n° 909.

¹⁷⁶⁵ A ce titre, le professeur Luís Lingnau da Silveira souligne que le régime d'accès au *Provedor de Justiça* est l'un des plus souples et des plus libéraux d'Europe (« O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 714).

¹⁷⁶⁶ En ce sens, v. J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y Administración Pública », *op. cit.*, p. 2686.

¹⁷⁶⁷ Art. 27-2 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁷⁶⁸ Sachant que les plaintes manifestement de mauvaise foi sont susceptibles de donner lieu à l'ouverture d'une enquête criminelle (art. 37 du Statut du *Provedor de Justiça*).

¹⁷⁶⁹ Le professeur José Luis Carro Fernández-Valmayor, par exemple, considère que cette exigence se révèle « incompatible avec la nature de l'institution » dans la mesure où elle conduit à proposer une configuration de la relation entre le Défenseur du Peuple et les citoyens similaire à celle que l'on trouve dans le cadre d'une procédure juridictionnelle (cité par M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 83).

¹⁷⁷⁰ En ce sens, v. Y. Rodriguez, « "Le Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *op. cit.*, p. 1231.

¹⁷⁷¹ Cette définition de l'intérêt légitime résulte de la lecture combinée de trois décisions du Tribunal constitutionnel espagnol : STC 60/1982 du 11 octobre 1982, *B.O.E.* du 17 novembre 1982 ; STC 62/1983 du 11 juillet 1983, *B.O.E.* du 9 août 1983 ; STC 148/1993 du 29 avril 1993, *B.O.E.* du 28 mai 1993.

n'en est pas moins indispensable. A l'instar de l'ancien Médiateur, qui ne pouvait être saisi que d'affaires concernant le plaignant, seule « toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa »¹⁷⁷² peut adresser une réclamation au Défenseur des droits. Ainsi réservée à la victime, la saisine du Défenseur est bien conditionnée par l'existence d'un intérêt légitime. Des aménagements ont cependant été apportés dans les domaines spécifiques de la défense des droits de l'enfant, de la déontologie de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. En vertu de l'article 5 de la loi organique, la faculté de saisir le Défenseur des droits se trouve non seulement étendue aux témoins de manquements présumés aux règles de déontologie dans le domaine de la sécurité, mais également aux associations déclarées depuis au moins cinq ans, dès l'instant où il s'agit de lutter contre les discriminations, promouvoir l'égalité ou protéger les droits de l'enfant. Par ailleurs et toujours en matière de protection de l'enfance, le Défenseur des droits peut être saisi, outre par l'enfant lui-même, par ses représentants légaux, les membres de sa famille ainsi que par les services médicaux ou sociaux.

679. Pour finir, il importe de préciser que si la recevabilité des plaintes adressées à l'ombudsman s'avère effectivement conditionnée, en Espagne et en France, par l'existence d'un intérêt légitime, le Défenseur du Peuple et le Défenseur des droits n'en défendent pas moins, à l'image du *Provedor de Justiça*, l'ensemble des intérêts¹⁷⁷³, qu'ils soient individuels, collectifs¹⁷⁷⁴ ou diffus¹⁷⁷⁵.

680. Obéissant à des règles sensiblement différentes selon le système juridique considéré, les modalités d'accès à l'*human rights ombudsman* se distinguent dans l'ensemble par une souplesse évidente, favorable à la concrétisation de la fonction de protection des droits fondamentaux confiée à l'institution. Une fois saisi, que ce soit d'office ou à la suite d'une plainte déclarée recevable, l'ombudsman transmet le dossier à la section chargée de la matière en vue de son instruction¹⁷⁷⁶. Consistant à vérifier la véracité de l'atteinte alléguée, la procédure d'instruction repose également sur des principes de souplesse et d'informalité de nature à faciliter la découverte de la vérité.

¹⁷⁷² Art. 71-1 de la Constitution et art. 5-1 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁷⁷³ Au Portugal, la compétence du *Provedor de Justiça* pour défendre les intérêts collectifs et diffus se trouve expressément prévue par l'article 20-1.e) du statut de l'institution.

¹⁷⁷⁴ Sur la protection des intérêts collectifs par le Défenseur des droits, v. en part. A. Dezallai, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *R.F.D.A.*, 2011, p. 925.

¹⁷⁷⁵ Notion d'origine italienne, les intérêts diffus peuvent être définis comme un ensemble de besoins communs aux individus composant la société qui ne sauraient être satisfaits autrement que dans une perspective communautaire. Ils ne sont ni des intérêts publics, ni des intérêts individuels purs, mais des intérêts dont les effets sont dispersés. A ce titre, les individus sont généralement peu enclins à les défendre. Aussi est-ce principalement des problématiques soulevées par les associations (sur cette notion, v. par ex. : C. Amado Gomes, « O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos, op. cit.*, p. 103 ; J. Drexler, « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés », *R.I.D.E.*, 2003, p. 389).

¹⁷⁷⁶ En ce sens, v. I. Ibañez García, *Derecho de petición y derecho de queja, op. cit.*, p. 44. Plus largement, le lecteur est invité à se reporter à l'annexe 3 afin d'appréhender le parcours des plaintes adressées à l'*human rights ombudsman*.

§ 2. Une procédure d'investigation favorable à la vérification des atteintes portées aux droits fondamentaux

681. A l'instar du modèle originel de l'ombudsman scandinave¹⁷⁷⁷, la procédure d'instruction des dossiers dont à la charge l'ombudsman spécialisé se révèle, de par son informalité (A) et l'ampleur des pouvoirs d'enquête octroyés à l'institution (B), particulièrement propice à l'éclaircissement des hypothèses d'atteintes aux droits fondamentaux portées à la connaissance de l'ombudsman.

A. Une procédure informelle

682. Sous couvert du respect de certaines exigences visant à préserver le principe de confidentialité¹⁷⁷⁸, les enquêtes entreprises par l'*human rights ombudsman* se trouve exemptées de tout formalisme. L'institution dispose, en effet, d'une véritable liberté d'action l'autorisant à diriger ses investigations avec l'intensité qu'elle juge opportune¹⁷⁷⁹. Permettant de faire la lumière, la plupart du temps dans un laps de temps relativement rapide, sur les dossiers dont a la charge l'ombudsman, cette absence de formalisme se révèle particulièrement prégnante en Espagne. Expressément qualifiée d'informelle et sommaire par l'article 18-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple, la procédure d'enquête impose seulement au Défenseur de communiquer le contenu substantiel de la demande à l'organisme ou au service administratif visé afin que son chef lui fasse un rapport écrit dans le délai maximum de quinze jours. Délai pouvant être élargi quand, de l'avis du Défenseur, les circonstances l'exigent. Une distinction s'impose toutefois entre les plaintes dites « objectives », c'est-à-dire impliquant le fonctionnement d'un service administratif, et les plaintes dénonçant la conduite d'un fonctionnaire ou d'une autorité désignée. Comme le rapporte le professeur Álvaro Gil-Robles, « *dans le premier cas, la demande d'information adressée à un fonctionnaire responsable du service peut être satisfaite par le supérieur hiérarchique qui assume également toute la responsabilité de l'affaire en libérant son subordonné. Au contraire, dans le cas d'une enquête sur la conduite d'agents de l'administration et en relation avec la fonction qu'ils occupent, ceux-ci devront répondre de cette conduite devant le défenseur, même si leur supérieur hiérarchique est informé de l'ouverture de l'enquête* »¹⁷⁸⁰. Quelle que soit l'hypothèse considérée, l'article 18-2 de la loi organique prend le soin de préciser que tout refus ou négligence du fonctionnaire ou de ses supérieurs d'envoyer le rapport initial demandé par le Défenseur peut être perçu comme une

¹⁷⁷⁷ Sur ce point, v. C. Eklundh, « La experiencia del ombudsman sueco en la actualidad », *op. cit.*, p. 107.

¹⁷⁷⁸ En Espagne, par exemple, l'article 22-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple précise que le Défenseur et le personnel à son service sont tenus de mener les enquêtes en toute confidentialité, aussi bien en ce qui concerne les particuliers que les services et organismes publics. De même, au Portugal, l'article 12-1 du statut du *Provedor de Justiça* dispose que le *Provedor* est obligé de conserver le secret à l'égard des actes dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, dès lors qu'un tel silence s'impose en raison de la nature de ces actes (sur cette question, v. en part. : J. Caupers, « A pretexo do dever de sigilo do Provedor de Justiça », in *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, *op. cit.*, p. 81).

¹⁷⁷⁹ En ce sens, v. Á. Gil-Robles, in *El Defensor del Pueblo y la Administración : mesa redonda organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo, Madrid 1, 2 et 6 juillet 1981*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁸⁰ Á. Gil Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 89.

attitude hostile, de nature à entraver l'exercice de ses fonctions, et donner lieu à une publication immédiate, précisée dans son rapport annuel ou dans un rapport spécial.

683. Exemptée de formalisme dans son déroulement, la procédure d'investigation des réclamations adressées à l'ombudsman se distingue, de surcroît, par l'ampleur des pouvoirs d'enquête attribués à l'institution.

B. L'ampleur des pouvoirs d'enquête

684. Afin de faire la lumière sur les plaintes dont il se trouve saisi, l'ombudsman spécialisé peut compter, en France et sur la péninsule ibérique, sur trois catégories de prérogatives : la possibilité d'interroger les personnes mises en cause (1), le libre accès aux documents administratifs (2), le droit d'effectuer des vérifications sur place (3). Etant entendu que, dans chacune de ces hypothèses, les organes et les agents de l'administration sont soumis à une obligation de collaboration¹⁷⁸¹. Obligation renforcée par les dispositions législatives portugaises, et anciennement espagnoles¹⁷⁸², assimilant le refus de collaboration des fonctionnaires à un délit de désobéissance, susceptible d'engager leur responsabilité¹⁷⁸³, et par l'article 24-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple offrant à ce dernier la possibilité de rendre public le nom des fonctionnaires à l'origine d'entraves au bon déroulement de ses enquêtes.

1. L'audition des personnes mises en cause

685. Prérogative commune au Défenseur des droits, au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, la possibilité pour l'ombudsman d'auditionner les personnes mises en cause devant lui, aux fins d'obtenir des explications, est prévue en France par l'article 18 de la loi organique du 29 mars 2011. En vertu de cette disposition, le Défenseur des droits peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile. Tenues, en vertu du principe de collaboration avec le Défenseur, de répondre aux demandes d'explications que leur adresse ce dernier et de déférer à ses convocations, les personnes mises en causes peuvent se faire assister du conseil de leur choix. Au terme de l'audition, un procès-verbal contradictoire est dressé puis remis à la personne entendue. Par ailleurs, l'article 21 de la loi organique prévoit, afin de remédier aux hypothèses où les demandes formulées en vertu de l'article 18 ne

¹⁷⁸¹ Ainsi, en France, l'article 18 de la loi organique prévoit que les personnes physiques ou morales mises en cause doivent faciliter l'accomplissement de la mission du Défenseur des droits. A ce titre, elles sont tenues d'autoriser leurs agents et préposés à répondre à ses demandes. De même, en Espagne, l'article 19-1 de la loi organique du 6 avril 1981 prévoit que les pouvoirs publics sont tenus de coopérer, de façon prioritaire et urgente, avec le Défenseur du Peuple dans le cadre de ses enquêtes et inspections. Quant au Portugal, l'article 23-4 de la Constitution, précisé par l'article 29 du statut du 9 avril 1991, affirme : « *Les organes et les agents de l'administration publique collaborent avec le Provedor de Justiça pour la réalisation de sa mission* ».

¹⁷⁸² Initialement, la loi organique du Défenseur du Peuple prévoyait dans son article 24-2 que « *le fonctionnaire qui entrave l'enquête du Défenseur en se refusant à envoyer ou en étant négligent lors de l'envoi des documents réclamés par celui-ci, ou au moment de lui faciliter l'accès à des dossiers ou documents administratifs nécessaires à l'enquête, commet un délit de désobéissance. Le Défenseur transmettra le dossier pertinent au ministère public pour que les actions pertinentes soient engagées* ».

¹⁷⁸³ En ce sens, voir l'article 29-6 du statut du *Provedor de Justiça*.

seraient pas suivies d'effet, que le Défenseur peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Au surplus, cette disposition ajoute que dès l'instant où la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, le Défenseur des droits est autorisé à saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que celui-ci juge utile.

686. En Espagne, il convient de reprendre la distinction, déjà opérée, entre les plaintes relatives au fonctionnement d'un service et celles dénonçant la conduite d'un fonctionnaire.

687. S'agissant de la première catégorie de plaintes, l'article 19-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple dispose que le Défenseur, ses adjoints ou la personne de son choix peuvent, à l'occasion de la phase de vérification des éléments d'une plainte ou d'un dossier engagé d'office, se présenter dans n'importe quel locaux de l'administration publique, dépendant de celle-ci ou affecté à un service public, pour réaliser les entretiens personnels nécessaires.

688. Pour ce qui est des plaintes intéressant la conduite d'un fonctionnaire, l'article 20-3 de la loi organique permet au Défenseur, une fois réceptionnée la réponse écrite et motivée donnée par le fonctionnaire à la suite de la notification d'une plainte à son encontre, de vérifier la véracité de ses propos en lui proposant un entretien.

689. L'article 21 introduit néanmoins une atténuation à ces deux dispositions en permettant au supérieur hiérarchique d'interdire à ses fonctionnaires, par le biais d'un écrit motivé, de répondre aux requêtes du Défenseur ou d'avoir un entretien avec lui. Dans une telle hypothèse, le Défenseur du Peuple s'adressera au seul supérieur hiérarchique pour mener à bien son enquête.

690. Au Portugal, la capacité pour le *Provedor de Justiça* de procéder à l'audition des personnes mises en cause devant lui est explicitement consacrée par l'article 21-1.a) du statut du 9 avril 1991. Elle se trouve, de surcroît, renforcée par le b) de cette même disposition aux termes duquel le *Provedor* peut, en matière de rassemblement et de production de preuves, recourir à l'ensemble des mesures qu'il considère nécessaires, pourvu qu'elles n'entrent pas en conflit avec les droits et intérêts légitimes des citoyens. De plus, l'institution est autorisée, chaque fois qu'elle le juge utile, à solliciter quelconque citoyen afin de recueillir des informations ou des témoignages¹⁷⁸⁴.

2. Le libre accès aux documents administratifs

691. A l'identique de la possibilité donnée à l'ombudsman d'auditionner les personnes mises en cause devant lui, la liberté d'accès de l'institution aux documents administratifs intéressant les dossiers dont elle est saisie se révèle commun aux trois pays objets de l'étude.

¹⁷⁸⁴ Art. 30-1 du statut du *Provedor de Justiça*.

692. Concernant, tout d'abord, le Défenseur des droits, l'accès aux documents administratifs est organisé par l'article 20 de la loi organique. Compétent pour recueillir sur les faits portés à sa connaissance toute information qui lui apparaît nécessaire, le Défenseur peut exiger des personnes mises en cause devant lui la communication des informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission, sans que le caractère secret ou confidentiel desdites pièces ne puisse lui être opposé, sauf dans certains cas limitativement énumérés que sont le secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure. Quoi qu'il en soit, le secret de l'enquête et de l'instruction ne peut lui être opposé. En revanche, les informations couvertes par le secret médical ou par le secret professionnel applicables aux relations entre un avocat et son client ne peuvent lui être communiquées qu'à la demande expresse de la personne concernée. Cette limitation ne saurait toutefois s'appliquer aux informations couvertes par le secret médical relatives à des privations, sévices et violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique. En outre, et pour finir, il convient de souligner que, d'une part, les dispositions de l'article 21 de la loi organique, précédemment identifiées, trouvent également à s'appliquer en cas de refus des personnes ou des services mis en cause de délivrer les documents et informations demandées par le Défenseur des droits et, d'autre part, l'article 19 de cette même loi habilite le Défenseur à demander au vice-président du Conseil d'Etat ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toutes études.

693. S'agissant, ensuite, du Défenseur du Peuple, l'article 22-1 de la loi organique octroie à l'institution un droit d'accès à l'ensemble des documents administratifs en lui permettant de solliciter auprès des pouvoirs publics tous les documents qu'il estime nécessaire pour remplir ses fonctions, y compris ceux classés secrets par la loi. Dans ce dernier cas, seul le Conseil des ministres peut refuser de remettre les documents. Sachant que le Défenseur, lorsqu'il considère qu'un document non remis par l'administration en raison de son caractère secret pourrait affecter de façon décisive la bonne marche de son enquête, dispose toujours de la possibilité d'en informer la commission mixte Congrès-Sénat.

694. De surcroît, le Défenseur du Peuple, ses adjoints ou toute personne à qui il délègue cette tâche peuvent, en vertu de l'article 19-2 de la loi organique, se présenter eux-mêmes au sein de l'administration mise en cause pour procéder à l'étude des dossiers et des documents nécessaires. A cet effet, il ne peut leur être refusé l'accès à aucun dossier ni document ayant trait à l'activité ou service objet de l'enquête, sous couvert, bien entendu, des dispositions de l'article 22 précité¹⁷⁸⁵.

695. Pour ce qui est, enfin, du *Provedor de Justiça*, l'article 21-1.a) du statut de l'institution consacre la possibilité pour le *Provedor* de recueillir auprès des organes et des agents administratifs mis en cause devant lui l'ensemble des informations et des documents qu'il considère nécessaire à la résolution de son enquête.

¹⁷⁸⁵ Art. 19-3 de la loi organique du Défenseur des droits.

3. La capacité d'effectuer des vérifications sur place

696. Permettant à l'institution de visiter régulièrement les lieux privatifs de liberté, indépendamment des inspections effectuées en cas de dépôt d'une plainte, la possibilité donnée à l'*human rights ombudsman* de réaliser des vérifications sur place présente, dans le cadre de la procédure d'instruction, une utilité évidente dès lors que l'ombudsman « *n'a pas une connaissance précise des pièces qui pourraient établir les motifs du dysfonctionnement administratif ou lorsqu'il suspecte que le service a retenu certaines informations* »¹⁷⁸⁶.

697. S'agissant de la Péninsule ibérique, le pouvoir de vérification sur place du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* n'appelle pas de développements particuliers. Tandis que l'article 19-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple autorise le représentant de l'institution, ses adjoints ou la personne de son choix à se présenter, pendant la phase de vérification et d'enquête d'une plainte ou dans un dossier engagé d'office, à se présenter dans toute dépendance ou centre de l'administration afin de vérifier les données jugées nécessaires, l'article 21-1.a) du statut du *Provedor de Justiça* dispose que, dans l'exercice de ses fonctions, le *Provedor* peut effectuer, avec ou sans avis préalable, des visites d'inspection dans l'ensemble des secteurs d'activité de l'administration centrale, régionale et locale, y compris les établissements de privation de liberté civils et militaires, ou des entités soumises à son contrôle.

698. Quant à la France, l'octroi d'une telle prérogative au nouveau Défenseur des droits interpelle un peu plus étant donné que le Médiateur de la République en était dépourvu¹⁷⁸⁷. Désormais, le Défenseur pourra procéder, aux termes de l'article 22 de la loi organique, à des vérifications sur place et des visites inopinées au sein des locaux administratifs ou privés. Cette disposition particulièrement libérale se trouve cependant assortie d'atténuations.

699. En premier lieu, l'autorité compétente peut s'opposer à une vérification sur place, dans les locaux administratifs d'une personne publique, pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique. Ce droit d'opposition, qui ne vaut pas dans le domaine de la déontologie de la sécurité, ne saurait toutefois s'exercer sans que l'autorité compétente fournisse au Défenseur des droits des justifications. Par ailleurs, le Défenseur des droits peut toujours surmonter l'opposition de l'autorité compétente en saisissant le juge des référés d'une demande motivée afin qu'il autorise les vérifications sur place. Les vérifications s'effectuent alors sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées, lequel peut se rendre dans les locaux administratifs durant l'intervention et décider de l'arrêt ou de la suspension des vérifications à tout moment.

¹⁷⁸⁶ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, op. cit., p. 10.*

¹⁷⁸⁷ En ce sens, v. : B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, op. cit., p. 674 ; Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, op. cit., p. 10.*

700. En second lieu, le pouvoir de visite ou de vérification sur place du Défenseur ne peut s'exercer au sein de locaux privés sans que le responsable des locaux n'ait été préalablement informé de son droit d'opposition. Lorsqu'il exerce ce droit, la visite ou la vérification sur place ne peut se dérouler qu'après l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter. Sur ce point, il importe néanmoins de souligner que lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient, la visite peut avoir lieu sans que le responsable des locaux en ait été informé, sur autorisation préalable du juge des libertés et de la détention. Dans ce cas, le responsable des lieux ne peut s'opposer à la visite.

701. En définitive, la procédure d'instruction des dossiers dont a la charge l'ombudsman se révèle, de par son informalité et l'ampleur des moyens qu'elle permet de mobiliser, particulièrement propice à l'éclaircissement des hypothèses d'atteintes aux droits fondamentaux portées à la connaissance de l'institution. Au terme de l'instruction, deux options s'offrent à l'ombudsman. D'une part, le classement du dossier ou le rejet de la plainte, notamment en cas d'absence d'atteinte aux droits de la personne humaine. D'autre part, la résolution de l'affaire au fond, dès lors que l'atteinte aux droits fondamentaux alléguée se révèle effective et, bien entendu, entre dans le champ de compétence, tant matériel qu'organique, de l'institution.

702. Dans le premier cas de figure, le rejet de la plainte ne peut en aucun cas donner lieu à un recours contentieux¹⁷⁸⁸. En revanche, ce rejet doit, en France et en Espagne, faire l'objet d'un avis écrit et motivé¹⁷⁸⁹. En outre, les dispositions législatives relatives au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* précisent que la déclaration d'irrecevabilité d'une plainte est assortie de l'indication des moyens alternatifs que le plaignant peut, le cas échéant, mettre en œuvre pour faire valoir ses droits¹⁷⁹⁰. S'il n'existe pas de disposition similaire en France, il semble que rien n'empêche le Défenseur des droits de s'inspirer des exemples espagnol et portugais sur ce point. D'autant que l'article 27 de la loi organique invite le Défenseur, en matière de discrimination et de protection de l'enfance, à assister la personne dans la constitution de son dossier et à l'aider à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris lorsque celles-ci incluent une dimension internationale.

¹⁷⁸⁸ En Espagne et au Portugal, l'impossibilité de contester les décisions d'irrecevabilités des plaintes adressées à l'ombudsman résultent des articles 17-3 de la loi organique du Défenseur du Peuple et 36 du statut du *Provedor de Justiça*. En France, il n'existe pas de disposition équivalente au sein de la loi organique relative au Défenseur des droits. Il semble toutefois possible de raisonner par analogie et de considérer que le juge administratif, dans la continuité de son arrêt *Retail* précité, refusera d'assimiler les réponses données par le Défenseur aux plaintes qu'il reçoit à des décisions administratives susceptibles de faire l'objet de recours par la voie contentieuse (en ce sens, v. A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *op. cit.*, p. 456).

¹⁷⁸⁹ Cette obligation est prévue par l'article 24 de la loi organique du Défenseur des droits et l'article 17-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁷⁹⁰ Cette solution est prévue par l'article 32-2 du statut du *Provedor de Justiça* et l'article 17-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

703. Dans la seconde hypothèse, soit l'autorité ou la personne mise en cause reconnaît l'atteinte portée aux droits et libertés et se montre prête à prendre les mesures adaptées pour y remédier, soit, au contraire, l'ombudsman se trouve confronté à une résistance de l'entité responsable de la violation, auquel cas il dispose d'un certain nombre de prérogatives en vue de pousser cette dernière à y mettre un terme¹⁷⁹¹.

§ 3. Des prérogatives étendues

704. Diverses et variées, les prérogatives attribuées à l'ombudsman spécialisé en vue de remédier aux atteintes portées aux fondamentaux dont il a connaissance se révèlent particulièrement étendues. Afin d'appréhender un tel phénomène, deux précisions préalables se doivent d'être apportées.

705. Premièrement, et sans anticiper sur les développements à venir, ces différentes prérogatives, à l'image d'ailleurs de l'ensemble des modalités d'intervention de l'ombudsman, ne se limitent pas à une fonction de correction des atteintes portées aux droits fondamentaux. Au contraire, elles permettent, plus largement, de prévenir de futures atteintes, voire de participer à la promotion des droits de la personne humaine¹⁷⁹².

706. Deuxièmement, la mise en place du Défenseur des droits se trouve à l'origine d'un nivellement par le haut incontestable des pouvoirs des autorités qu'il regroupe¹⁷⁹³, de nature à rassurer les auteurs les plus inquiets au regard du mutisme de la Constitution sur ce point¹⁷⁹⁴. En dépit d'une harmonisation imparfaite des prérogatives de l'institution¹⁷⁹⁵, illustrant une fois de plus l'hétérogénéité qui définit le Défenseur des droits, la plupart des pouvoirs propres à certaines des autorités intégrées se trouvent effectivement étendus à l'ensemble des domaines d'intervention du nouveau Défenseur¹⁷⁹⁶.

707. Cela étant précisé, il apparaît possible d'affirmer que l'*human rights ombudsman* dispose de deux catégories de prérogatives pour mener à bien sa mission de protection des

¹⁷⁹¹ L'article 33 du statut du *Provedor de Justiça* prévoit toutefois que le *Provedor* peut se contenter d'attirer l'attention de l'organisme ou du service compétent lorsqu'il est saisi d'un cas présentant une faible gravité.

¹⁷⁹² Sur ces questions, v. *infra*, n° 795-805 et 815-821.

¹⁷⁹³ En ce sens, v. : O. Dord, « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *op. cit.*, p. 962 ; R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 512.

¹⁷⁹⁴ C'est par exemple le cas de Nathalie Marcon qui souligne : « *Sans pouvoir suffisamment étendu et effectif pour asseoir sa mission constitutionnelle et son autorité, le Défenseur deviendrait un alibi politique, et non pas une haute autorité administrative générale. Or, le fait même que l'article 71 du projet de loi constitutionnelle propose un Défenseur des droits des citoyens très en retrait de la proposition du comité Balladur permet d'émettre quelques craintes légitimes sur ses futures attributions. Ce qui est certain, c'est qu'aucun garde fou constitutionnel n'existe en la matière* » (« Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1693). Dans le même sens, v. A. Roblot-Troizier, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *op. cit.*, p. 1871.

¹⁷⁹⁵ Sur ce point, v. spéc. : F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 918 ; S. Slama, « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 461.

¹⁷⁹⁶ Le professeur Jacques Chevallier évoque à ce sujet l'idée de « *clause de l'autorité la plus favorisée* » (« Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 438). Pour une vision d'ensemble de ce renforcement des prérogatives des autorités regroupées au sein du Défenseur des droits, le lecteur est invité à se référer à l'annexe 4.

droits fondamentaux. D'une part, des prérogatives non-contentieuses classiques, largement héritées du modèle originel de l'ombudsman (B). D'autre part, des prérogatives semi-contentieuses plus originales, intimement liées à la fonction renouvelée de protection des droits et libertés de l'institution et consistant à saisir le juge, notamment constitutionnel, des atteintes aux droits fondamentaux constatée (C). Mais avant de s'engager dans cette démonstration, il importe de souligner que les prérogatives confiées à l'ombudsman se définissent en raison de leur portée non contraignante, de sorte que l'efficacité des interventions de l'institution repose essentiellement sur sa magistrature d'influence et la publicité qu'il entend donner à son action (A).

A. Une magistrature d'influence dépourvue de pouvoirs contraignants

708. Organe de nature non juridictionnelle, l'*human rights ombudsman* se distingue, à l'instar de son cousin scandinave, au regard du caractère non contraignant de ses prérogatives. Expressément affirmée en Espagne et au Portugal¹⁷⁹⁷, cette absence de pouvoirs coercitifs, susceptible d'expliquer l'immunité juridictionnelle dont bénéficient la plupart des actes adoptés par l'institution¹⁷⁹⁸, postule que l'ombudsman ne saurait prononcer des sanctions à l'encontre des entités soumises à son contrôle, ni annuler ou modifier les normes juridiques attentatoires aux droits fondamentaux. En vérité, l'institution n'a pas d'autre autorité que morale. Elle se présente essentiellement comme un contre-pouvoir dont la fonction consiste, sur la seule base de cette autorité morale, à convaincre, négocier, inciter les pouvoirs publics à « reconsidérer [leur] attitude ou à remettre en cause des règles, des pratiques ou des décisions qui gagneraient à être modifiées ou améliorées »¹⁷⁹⁹. Certes, l'*human rights ombudsman*, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* spécialement, dispose de prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel susceptibles de donner lieu au prononcé d'une décision juridictionnelle par définition contraignante. Pour autant,

¹⁷⁹⁷ En Espagne, l'article 28-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple précise que ce dernier n'est pas compétent pour modifier ou annuler les actes et ordonnances de l'administration publique. Au Portugal, tandis que l'article 23-1 de la Constitution dispose que le *Provedor de Justiça* est dépourvu de pouvoir de décision, l'article 22-1 du statut affirme : « le *Provedor de Justiça* n'est pas compétent pour annuler, révoquer ou modifier les actes des pouvoirs publics ».

¹⁷⁹⁸ A ce titre, Chantal Carpentier souligne que « le titulaire d'une magistrature d'influence ne devrait être soumis à aucun contrôle, parce que le "rôle intrinsèque de régulation" qu'il assume, devrait "s'affirmer en dehors de toute attache et subordination" ou bien parce qu'il ne possède réellement aucune autorité juridique et qu'il n'est l'auteur d'aucun acte juridique pouvant faire grief » (« La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *op. cit.*, p. 146). Dans la pratique, il apparaît que la grande majorité des actes adoptés par l'ombudsman échappent effectivement au contrôle du juge. Au Portugal, par exemple, seules les décisions du *Provedor* adoptées dans le cadre de sa compétence de gestion de l'institution peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal suprême administratif (art. 44 du statut du 9 avril 1991), l'article 36 du statut posant le principe selon lequel les actes du *Provedor de Justiça* ne sont pas susceptibles de recours. En France, également, le gouvernement considère que, dans la continuité de la jurisprudence du Conseil d'Etat *Retail*, « les seules actions juridictionnelles occasionnées directement par l'activité du Défenseur des droits devraient [...] être celles résultant de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'investigation, soit que le juge administratif des référés ou le juge des libertés ou de la détention soit saisi d'une difficulté en cas de contrôle sur place, soit qu'une attitude d'obstruction rende nécessaire une action pénale. Mais les cas où ces actions pourraient être introduites devraient rester très exceptionnels » (*Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 38).

¹⁷⁹⁹ P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *op. cit.*, p. 1261. Dans le même sens, v. Ch. Carpentier, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *op. cit.*, p. 157.

lorsque l'ombudsman use de ces prérogatives, il se contente, en définitive, de renvoyer la prise de décision à autrui. C'est pourquoi, il est possible d'assimiler l'ombudsman à ce qu'il est convenu d'appeler une magistrature d'influence¹⁸⁰⁰, d'opinion¹⁸⁰¹ ou, encore, de persuasion¹⁸⁰², dont l'efficacité repose essentiellement sur le prestige de l'institution, sur ses qualités personnelles et sociales, sur son statut dans la société¹⁸⁰³ et, surtout, sur la reconnaissance de son autorité morale, aussi bien par les gouvernants que les gouvernés¹⁸⁰⁴. Déjà identifiée à propos des autorités administratives indépendantes, cette magistrature d'influence suppose que les pouvoirs dont dispose l'ombudsman sont essentiellement persuasifs et incitatifs¹⁸⁰⁵. Elle consiste en « une démarche, ouverte et intentionnelle, de A pour conduire B à l'action (ou l'inaction) Y qu'il n'aurait pas sans lui adoptée »¹⁸⁰⁶, sans pour autant que B ne soit tenu de suivre l'opinion ou la conduite proposée par A¹⁸⁰⁷. En somme, l'ombudsman poursuit une fonction de régulation, entendu dans le sens que lui donne le doyen Carbonnier, c'est-à-dire de modalité d'action « par persuasion d'un modèle »¹⁸⁰⁸.

709. Partant, le risque est grand que la mission de protection des droits fondamentaux poursuivie par l'ombudsman se trouve réduite à néant¹⁸⁰⁹. Aussi l'observateur ne sera-t-il guère surpris de constater l'importance donnée à la publicité de l'institution et de son action. Présentée comme un gage d'efficacité des interventions de l'ombudsman¹⁸¹⁰, l'« autorité de la chose médiatisée »¹⁸¹¹, en tant qu'elle permet à l'institution de rendre publique la mauvaise volonté des pouvoirs publics et, ce faisant, d'opérer une pression psychologique, dissuasive ou incitative, sur ces derniers, se présente, en effet, comme un élément déterminant de sa magistrature d'influence. En cette matière, les rapports annuels et extraordinaires remis par l'ombudsman à l'autorité de nomination jouent un rôle fondamental¹⁸¹². Appréhendés comme l'activité la plus importante de l'institution par le professeur Antonio Bar Cendón¹⁸¹³, de tels

¹⁸⁰⁰ G. Napione, *L'ombudsman : Il controllore della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 171.

¹⁸⁰¹ P. de Vega, « Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución », in F.A. Roversi Monaco (éd.), *La Costituzione Spagnola nel trentennale delle Costituzione Italiana*, A. Forni, Bologna, 1978, pp. 9-20.

¹⁸⁰² A. la Pèrgola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁰³ En ce sens, v. Ph. Braud, *Sociologie politique*, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹⁸⁰⁴ C. Giner de Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁰⁵ En ce sens, v. par ex. : C. Giner de Grado, *Los ombudsmen europeos, Defensor del Pueblo*, Tibidabo Edicions, S.A., coll. Europa, Barcelona, 1986, pp. 17 et ss. ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁰⁶ Ph. Braud, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸⁰⁷ Sur ce point, v. M. García Pelayo, « Auctoritas », in *Obras Completas*, tomo II, CEC, Madrid, 1991, pp. 1859-1861.

¹⁸⁰⁸ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige, P.U.F., Paris, 2004, p. 146.

¹⁸⁰⁹ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1316 et ss.

¹⁸¹⁰ En ce sens, v. : J.L. Cascajo Castro, « Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho : une perspectiva teórica », *op. cit.*, p. 51 ; L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 296 ; V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, pp. 52 et 54 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸¹¹ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸¹² En ce sens, v. J. Cora Rodríguez, « Los informes anuales de los Defensores del Pueblo », in *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, spéc. pp. 128 et ss.

¹⁸¹³ A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 555.

rapports, au-delà de constituer un moyen pour l'autorité de nomination de conserver un droit de regard sur l'activité de l'ombudsman¹⁸¹⁴, sont l'occasion de faire mention des résistances rencontrées, voire de rendre public les noms des fonctionnaires n'ayant pas donné suite aux recommandations qui leurs ont été adressées.

710. Le rapport annuel, dont la présentation est obligatoire, consiste à rendre compte de l'activité générale de l'institution. Donnant généralement lieu à un débat¹⁸¹⁵, ce rapport, automatiquement publié, est remis au Parlement sur la péninsule ibérique¹⁸¹⁶. En France, en revanche, il est adressé au Président de la République, au Président du Sénat et au Président de l'Assemblée nationale¹⁸¹⁷. Parallèlement à ce rapport d'activité générale, le Défenseur des droits doit, en outre, remettre, à l'occasion de la Journée internationale des droits de l'enfant, un rapport consacré aux droits de l'enfant¹⁸¹⁸.

711. Les rapports extraordinaires, adoptés « *lorsque la gravité ou l'urgence des faits l'exigent* »¹⁸¹⁹, ont pour principale fonction de dénoncer la persistance d'une attitude hostile de la part d'un organisme ou d'un fonctionnaire¹⁸²⁰. Commune aux trois institutions objets de l'étude, la possibilité donnée à l'ombudsman spécialisé d'établir de tels rapports se trouve expressément consacrée, en Espagne, par l'article 32-2 de la loi organique du 6 avril 1981 qui prévoit que le Défenseur du Peuple peut présenter un rapport extraordinaire adressé aux commissions permanentes des chambres lorsque celles-ci ne sont pas réunies. En France, l'existence de tels rapports est prévue par l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, aux termes duquel le Défenseur peut établir un rapport spécial lorsqu'il n'a pas été donné suite à l'une de ses injonctions adoptée en réaction à une recommandation n'ayant pas été suivie d'effet. En outre, l'article 36-III de la loi organique consacre la possibilité pour le Défenseur des droits de présenter, parallèlement à son rapport d'activité générale, tout autre rapport au Président de la République, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat. Au Portugal, cette faculté peut être déduite de l'article 38-6 du statut du 9 avril 1991 selon lequel lorsque l'administration n'agit pas en accord avec les recommandations du *Provedor*

¹⁸¹⁴ Cette fonction de compte rendu attachée au rapport annuel apparaît on ne peut plus clairement à la lecture de l'article 33-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple. Selon cette disposition, « *le Défenseur communique dans son rapport annuel le nombre et le genre de plaintes reçues, celles qui ont été rejetées et pourquoi, ainsi que celles qui ont fait l'objet d'une enquête et le résultat de celle-ci, il précise les suggestions ou recommandations admises par l'administration* ».

¹⁸¹⁵ C'est particulièrement le cas en Espagne où le Défenseur du Peuple, en vertu de l'article 33-4 de la loi organique du 6 avril 1981, fait oralement un résumé du rapport devant les assemblées plénières des deux chambres à l'occasion duquel les groupes parlementaires peuvent exprimer leur position (Pour une approche approfondie du déroulement de la procédure de présentation du rapport annuel du Défenseur du Peuple, v. par ex. : J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », *op. cit.*, pp. 397 et ss. ; A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 75 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, pp. 259 et ss. ; J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, pp. 308-309).

¹⁸¹⁶ En ce sens, voir les articles 54 de la Constitution espagnole, 32-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple et 23-1 du statut du *Provedor de Justiça*.

¹⁸¹⁷ Art. 36-II de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁸¹⁸ Art. 36-II-2 de la loi organique relative au Défenseur des droits.

¹⁸¹⁹ Art. 32-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁸²⁰ En ce sens, v. J.M. Sánchez-Saudinós et E. Pajares Montolío, « Artículo 32 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 809.

de *Justiça* ou se refuse à prêter la collaboration demandée, le *Provedor* peut se tourner vers l'Assemblée de la République.

712. Indépendamment des rapports, l'accès de l'ombudsman aux principaux moyens de communication et d'information que sont la presse, la radio et la télévision s'avère également essentiel afin de saisir et sensibiliser l'opinion publique¹⁸²¹, « *principal point d'appui de son prestige* »¹⁸²². Sans compter qu'une personnalité publique qui prend régulièrement la parole dans les médias, en vue de dénoncer les atteintes aux droits fondamentaux et exposer les progrès qui restent à faire en la matière, peut contribuer à un renforcement sensible de l'Etat de droit. Or, l'article 34 de la loi organique relative au Défenseur des droits, en affirmant que « *le Défenseur des droits mène toute action de communication et d'information jugée opportune dans ses différents domaines de compétence* », devrait rendre possible une telle médiatisation de l'institution.

B. L'attribution de prérogatives non-contentieuses classiques

713. Pour certaines spécifiques à un système juridique considéré, essentiellement trois prérogatives non-contentieuses mises à la disposition de l'ombudsman spécialisé peuvent être identifiées. Tout d'abord, la possibilité d'adresser des recommandations, prérogative prototypique de l'institution commune aux trois pays objets de l'étude (1). Ensuite, la faculté, propre au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça*, de saisir l'autorité investie du pouvoir disciplinaire (2). Enfin, la capacité, spécifique à l'institution française, de proposer une résolution amiable des différends (3). Largement inspirées du modèle originel de l'ombudsman, ces prérogatives non-contentieuses attribuées à l'*human rights ombudsman* doivent évidemment être appréhendées à l'aune de la fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux de l'institution.

1. La recommandation, prérogative prototypique de l'ombudsman

714. « *Mesure purement incitative, dépourvue de sanction juridique* »¹⁸²³, la recommandation constitue sans nul doute la prérogative la plus emblématique de l'institution de l'ombudsman¹⁸²⁴. Expressément consacrée par les textes de référence ibériques et français, une telle prérogative, définie comme une manifestation de volonté non contraignante, exhortant ou incitant ses destinataires à agir dans un sens particulier¹⁸²⁵, est susceptible de

¹⁸²¹ Sur ce point, v. not. : V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 626 ; M. Perez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁸²² P. Garant, « Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie) », *A.J.D.A.*, 1973, p. 242.

¹⁸²³ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, p. 680.

¹⁸²⁴ En ce sens, v. : G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro) », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 238 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 716.

¹⁸²⁵ En ce sens, v. L. Lingnau da Silveira, « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 830.

poursuivre des finalités différentes. Aussi n'est-il guère surprenant que la notion même de recommandation se trouve à l'origine de classifications doctrinales diverses et variées¹⁸²⁶. Parmi ces diverses classifications établies par la doctrine, celle proposée par le professeur José Menéres Pimentel¹⁸²⁷, consistant à opérer une dichotomie entre la recommandation non normative et la recommandation normative, semble, de prime abord, la plus convaincante. Elle prête toutefois à confusion dès lors qu'une recommandation ne saurait, par définition, revêtir une portée normative. Dépourvue de caractère contraignant, la recommandation ne produit pas par elle-même du droit. Sa fonction est seulement d'inciter ses destinataires à agir dans un sens déterminé. Etant entendu que ces derniers conservent la maîtrise de la décision finale¹⁸²⁸. La distinction proposée par le professeur José Menéres Pimentel s'avère d'autant plus discutable que l'ombudsman, on l'a vu, ne dispose pas de la faculté de contraindre. N'étant pas législateur, il peut, certes, suggérer aux autorités normatives de modifier le droit positif dans un sens déterminé, mais certainement pas édicter des actes juridiques liant leurs destinataires. Il doit, en permanence, s'appuyer sur sa magistrature de persuasion pour convaincre les pouvoirs publics du bien fondé de ses propositions de réformes en matière législative ou réglementaire. Dans ces conditions, une distinction entre les recommandations poursuivant une finalité non normative (a) et celles poursuivant une finalité normative (b) apparaît davantage appropriée.

a. Les recommandations à finalité non normative

715. Par recommandations à finalité non normative, il convient d'entendre les résolutions adoptées par l'ombudsman afin de garantir l'effectivité des droits fondamentaux dans le cadre de situations individuelles et concrètes. Susceptibles d'intervenir sur le terrain de la légalité ou de l'équité, ces résolutions consistent généralement pour l'ombudsman à conseiller avec insistance à l'autorité ou à la personne responsable d'une atteinte aux droits et libertés la solution permettant d'y mettre un terme¹⁸²⁹.

716. Ainsi, en France, l'article 25 de la loi organique autorise le Défenseur à adopter toute recommandation, en droit ou en équité, de nature à assurer le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le respect.

¹⁸²⁶ Le professeur María Pérez-Ugena y Coromina opère par exemple une distinction entre les recommandations intervenant dans le domaine de l'administration publique et celles intéressant le domaine parlementaire (*Defensor del Pueblo y Cortes Generales, op. cit.*, pp. 123 et ss.). L'ancien Médiateur de la République Jacques Pelletier préfère pour sa part distinguer les recommandations de portée particulière des recommandations de portée générale (« Vingt ans de médiation à la française », *op. cit.*, p. 604). D'autres, pour finir, opposent les recommandations en droit aux recommandations en équité (en ce sens, v. par ex. P. Gélard, *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 29).

¹⁸²⁷ J. Menéres Pimentel, « Provedor de Justiça », in. J. Pedro Fernandes (Dir.), *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. 6, Lisboa, 1994, p. 659.

¹⁸²⁸ Sur ces questions, v. M. García Alvarez-Rubén García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, 149.

¹⁸²⁹ En ce sens, v. B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, op. cit.*, p. 679.

717. De même, au Portugal, le *Provedor de Justiça* est habilité, en vertu de l'article 20-1.a), à adresser des recommandations aux organes compétents en vue d'obtenir la correction des actes illégaux ou injustes des pouvoirs publics ou l'amélioration du fonctionnement de leurs services.

718. Quant à l'Espagne, l'état du droit positif apparaît de prime abord un peu plus confus. L'article 30-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple, en tant qu'il énumère différentes mesures que sont le rappel à l'administration de ses devoirs légaux, les recommandations, les suggestions et les avertissements, introduit effectivement le doute au sujet de la teneur exacte de la notion de recommandation. Cependant, il semble possible d'affirmer, avec le professeur Antonio Pérez Calvo, que, en dépit de ce flottement sémantique¹⁸³⁰, les différents termes retenus par le législateur organique expriment en réalité des variantes de la notion de recommandation qui demeure la figure générique de la série de mesures que peut adopter le Défenseur du Peuple¹⁸³¹. Parmi ces variantes, et pour ne citer que quelques exemples, l'avertissement consistera en une recommandation revêtue d'une valeur d'intimidation, tandis que le rappel des devoirs légaux aura pour objet de rappeler à l'administration l'existence d'une norme juridique qui n'a pas été correctement appliquée ou respectée¹⁸³². Mais quelle que soit la mesure concernée, il s'agira bien d'une recommandation.

719. Pour terminer sur ce point, il importe de souligner que l'effectivité des recommandations adressées par l'ombudsman dépend du bon vouloir des pouvoirs publics¹⁸³³. Dès lors qu'il s'agit d'actes dépourvus de force juridique obligatoire, leurs destinataires sont effectivement libres de ne pas s'y conformer. Pour autant, l'ombudsman dispose toujours de l'arme, déjà identifiée, de la publicité en vue de faire face aux situations où ses recommandations ne sont pas suivies d'effets.

720. En ce sens, l'article 38 du statut du *Provedor de Justiça* prévoit que si les destinataires de ses recommandations ne communiquent pas dans un délai de 60 jours la position qu'ils entendent adopter, l'institution peut saisir le supérieur hiérarchique de l'entité destinataire de la recommandation afin que celle-ci s'y conforme et, le cas échéant, exposer la situation à l'Assemblée de la République à l'occasion de la présentation de son rapport annuel ou à travers un rapport spécial.

721. Dans un sens similaire, l'article 30-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple précise que les autorités et fonctionnaires sont obligés de répondre aux recommandations que celui-ci leur adresse dans un délai non supérieur à un mois. Dans l'hypothèse où l'autorité

¹⁸³⁰ Dans un sens similaire, le professeur Francisco Fernández Segado parle de « terminologie plurielle et imprécise » (« El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », *op. cit.*, p. 216).

¹⁸³¹ A. Pérez Calvo, « Artículo 54. El Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 567. Dans un sens identique, v. J.L. López González, « Artículo 30 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 767.

¹⁸³² En ce sens, v. J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 304. Pour une étude approfondie de la signification des différentes expressions proposées par l'article 30-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple, v. en part. M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, pp. 123 et ss.

¹⁸³³ B. Maligner, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 114.

administrative concernée ne prend pas de mesures adéquates dans un délai raisonnable ou n'informe pas le Défenseur de ses raisons pour ne pas les prendre, ce dernier peut porter à la connaissance du ministre du département concerné les antécédents de l'affaire et les recommandations faites¹⁸³⁴. Et s'il n'obtient pas satisfaction, il peut inclure cette question dans son rapport annuel ou spécial en faisant mention des noms des autorités ou fonctionnaires qui ont eu cette attitude¹⁸³⁵.

722. La loi organique du Défenseur des droits attribue également à l'institution française des moyens pour remédier aux éventuelles réticences exprimées à l'adresse de ses recommandations. Notamment, l'article 25 autorise le Défenseur, en cas d'absence de réponse du destinataire d'une recommandation ou dans l'hypothèse où cette dernière n'est pas suivie d'effet, à enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires. Dans l'hypothèse où il ne serait pas donné suite à cette injonction, le Défenseur établit un rapport spécial communiqué à la personne mise en cause et rendu public¹⁸³⁶.

b. Les recommandations à finalité normative

723. Dans la mesure où les réclamations individuelles adressées à l'ombudsman sont autant d'occasions de « *faire apparaître des malfaçons, des incohérences ou des inadaptations de la législation ou de la réglementation* »¹⁸³⁷, la France et les pays ibériques ont entendu confier à l'institution la possibilité d'adresser aux pouvoirs publics des recommandations dont l'objet consiste à suggérer la production de normes juridiques. Conduisant l'ombudsman à s'ériger en véritable détecteur de réformes, une telle prérogative permet de proposer la modification, l'abrogation, voire l'adoption de dispositions normatives afin de garantir une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux. Il s'ensuit que si l'institution n'est pas habilitée à annuler ou modifier les actes normatifs adoptés par les pouvoirs publics, elle peut, en revanche, suggérer les modifications du droit positif qui lui apparaissent opportunes.

724. Au Portugal, tout d'abord, le pouvoir de proposition de réforme du *Provedor de Justiça* est consacré par l'article 20-1.b) du statut de l'institution. En vertu de cette disposition, le *Provedor* est compétent pour signaler les lacunes qu'il constate dans la législation, adresser des recommandations visant à l'interprétation, la modification ou la révocation de disposition normatives, émettre des suggestions, en vue de l'élaboration d'une nouvelle législation.

¹⁸³⁴ Art. 30-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁸³⁵ *Ibid.*

¹⁸³⁶ Cette possibilité donnée au Défenseur des droits de publier un rapport spécial après recommandation et injonction non suivie d'effet s'avère porteuse d'une avancée notable, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'enfant et des usagers des services publics. A savoir que, auparavant, le Défenseur des enfants et le Médiateur de la République, à la différence de la HALDE, ne disposaient d'un tel pouvoir qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice (sur ce point, v. l'annexe 4).

¹⁸³⁷ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, op. cit., p. 11. Dans un sens similaire, v. not. : R. Boustia, « Contribution à une définition de l'ombudsman », op. cit., p. 396 ; M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op. cit., p. 120.

725. En Espagne, ensuite, tandis que l'article 28-1 de la loi organique du 6 avril 1981 habilite le Défenseur du Peuple à suggérer la modification des critères employés dans l'élaboration des actes de l'administration publique, l'article 28-2 de cette même loi précise que si, à la suite des enquêtes qu'il réalise, le Défenseur est convaincu que l'application rigoureuse d'une norme peut donner lieu à des situations injustes ou nuisibles pour les administrés, il peut suggérer à l'organe législatif compétent ou à l'administration la modification de cette norme. A cela s'ajoute la possibilité d'adresser des recommandations aux autorités et fonctionnaires de l'administration publique en vue de l'adoption de nouvelles normes¹⁸³⁸.

726. En France, enfin, le Défenseur des droits, à l'instar de l'ancien Médiateur¹⁸³⁹, est compétent pour suggérer aux autorités normatives de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent utiles¹⁸⁴⁰. Dans le cadre de cette fonction, il peut être consulté par le Premier ministre sur tout projet de loi intervenant dans son champ de compétence et contribue, toujours à la demande du Premier Ministre, à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales relevant de son champ de compétence. Par ailleurs, la possibilité qui lui est donnée par l'article 31 de la loi organique de consulter le Conseil d'Etat d'une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire peut l'aider à déterminer dans quelle mesure les dispositions normatives dont il est amené à connaître appellent des modifications.

727. Si la recommandation constitue la prérogative prototypique de l'ombudsman, l'institution, en France et au Portugal, dispose également de la faculté de saisir l'autorité hiérarchique investie du pouvoir disciplinaire.

2. La saisine de l'autorité hiérarchique investie du pouvoir disciplinaire, prérogative propre au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça*

728. Prérogative caractéristique de l'ombudsman scandinave¹⁸⁴¹, la faculté donnée à l'institution de saisir l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à ne pas confondre avec sa capacité à impulser les poursuites pénales¹⁸⁴², se retrouve également chez le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits¹⁸⁴³.

¹⁸³⁸ Art. 30-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁸³⁹ En vertu de l'article 9 de loi du 3 janvier 1973, tel que modifié par les lois du 24 décembre 1976 et du 12 avril 2000 déjà évoquées, « lorsqu'il [...] apparaît [au Médiateur] que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à des situations inéquitables, il peut suggérer les modifications qui lui paraissent opportunes ».

¹⁸⁴⁰ Art. 32-1 de la loi organique du Défenseur des droits.

¹⁸⁴¹ En réalité, il semblerait que seul l'ombudsman norvégien soit dépourvu d'une telle compétence d'impulsion de la procédure disciplinaire (en ce sens, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, pp447-448).

¹⁸⁴² Sur cette faculté, v. *infra*, n° 740-743.

¹⁸⁴³ En Espagne, si l'article 26 de la loi organique permet au Défenseur du Peuple d'exercer d'office une action en responsabilité contre toute autorité, fonctionnaire et agent, du gouvernement ou de l'administration, la doctrine la plus avisée s'accorde pour affirmer que cette disposition, en dépit de son manque de clarté évident, ne saurait consacrer une action en responsabilité de type disciplinaire étant donné que la mise en œuvre d'une telle action implique l'existence d'une relation hiérarchique à laquelle échappent, par définition, les ministres (J.M. de

729. Ainsi, au Portugal, l'article 35-1 du statut du 9 avril 1991 prévoit que lorsque la procédure d'instruction laisse apparaître des indices suffisants de pratiques à l'origine d'infractions disciplinaires, le *Provedor* doit en informer l'entité hiérarchique compétente afin que cette dernière engage la procédure disciplinaire adéquate.

730. De même, en France, l'article 29 de la loi organique habilite le Défenseur des droits à saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction. Il revient alors à ladite autorité d'informer le Défenseur des suites données à sa saisine et, dans l'hypothèse où elle n'a pas engagé de procédure disciplinaire, des motifs de sa décision. Ici également, la mise en place du Défenseur des droits se révèle porteuse d'une valeur ajoutée puisque, jusqu'à présent, le Défenseur des enfants, à la différence des trois autres autorités regroupées, était dépourvu de toutes compétences en la matière¹⁸⁴⁴. Il convient toutefois de souligner que le Conseil constitutionnel¹⁸⁴⁵, afin de garantir la conformité de cette attribution du Défenseur des droits avec les règles tendant à assurer l'indépendance des juridictions, a formulé une réserve d'interprétation dont il résulte que s'agissant des poursuites disciplinaires à l'encontre des magistrats, le Défenseur doit se contenter d'aviser le ministre de la justice des faits découverts à l'occasion de l'accomplissement de ses missions et susceptibles de telles poursuites¹⁸⁴⁶.

731. Outre la faculté de saisir l'autorité hiérarchique détentrice du pouvoir disciplinaire, l'ombudsman spécialisé peut également compter, du moins en France, sur des prérogatives de résolution amiable des différends dont il est saisi.

3. La résolution amiable des différends, prérogative spécifique au Défenseur des droits

732. Limitée la possibilité de résolution amiable des différends au seul Défenseur des droits peut *a priori* surprendre dès lors que l'ombudsman, y compris le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple, se présente comme un intercesseur gracieux entre les particuliers et les pouvoirs publics dont les interventions reposent, par définition, sur une recherche de résolution des litiges principalement basée sur le dialogue. Pour autant, si la pratique institutionnelle conduit effectivement le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple à s'appuyer sur des moyens alternatifs de règlements des litiges, en particulier sur la procédure de médiation¹⁸⁴⁷, seule la loi organique relative au Défenseur des droits prévoit explicitement

Palacio Valle-Lersundi, « Artículo 26 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 664-665).

¹⁸⁴⁴ En ce sens, v. l'annexe 4.

¹⁸⁴⁵ Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, op. cit.

¹⁸⁴⁶ Pour une approche approfondie de cette problématique, v. spéc. M. Verpeaux, « Il est né le Défenseur des droits. – A propos des lois du 29 mars 2011 », op. cit., p. 828.

¹⁸⁴⁷ En ce sens, v. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit. ; D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », op. cit., p. 554 ; J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », op. cit., p. 320.

l'existence de telles compétences¹⁸⁴⁸. A l'évidence, cette spécificité française tient une fois de plus au contexte de mise en place du Défenseur des droits. Guidé par la volonté de transférer à la nouvelle institution l'ensemble des pouvoirs dont disposaient les autorités regroupées, le législateur organique a également pris soin de préserver les prérogatives de résolution amiable des différends.

733. Ainsi, le Défenseur se trouve compétent, d'une part, pour recourir à la procédure de médiation, prérogative héritée du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants¹⁸⁴⁹, d'autre part, pour proposer, dans la continuité de l'ancienne HALDE¹⁸⁵⁰, la conclusion de transactions.

734. La procédure de médiation est organisée par l'article 26 de la loi organique. En vertu de cette disposition, le Défenseur des droits peut procéder par voie de médiation à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance. Sachant que, toujours selon l'article 26, « *les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent* ».

735. La faculté pour le Défenseur des droits de proposer aux parties en présence de régler leur litige au moyen d'un protocole transactionnel, dont il peut recommander les termes, est pour sa part prévue par l'article 28-I de la loi organique. Cette faculté, qui rapproche l'institution française de l'ombudsman néerlandais¹⁸⁵¹, illustre le nivellement par le haut des pouvoirs des autorités regroupées puisque, désormais, des transactions pourront être conclues non plus seulement dans le domaine de la lutte contre les discriminations mais également dans l'ensemble des matières relevant de la compétence du nouveau Défenseur. En revanche, et c'est là une traduction de l'absence d'unité des pouvoirs mis à la disposition du Défenseur des droits, la faculté de conclure des transactions pénales a bien été maintenue mais demeure limitée au domaine de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité¹⁸⁵².

736. Parallèlement à ces prérogatives non-contentieuses classiques principalement héritées du modèle originel de l'ombudsman, l'institution, en France et sur la péninsule ibérique, se voit attribuer des prérogatives semi-contentieuses plus originales de saisine du juge.

¹⁸⁴⁸ Il convient néanmoins de souligner que le professeur Luís Lingnau da Silveira assimile à un pouvoir de conciliation la faculté offerte au *Provedor de Justiça*, par l'article 21-1.c) du statut du 9 avril 1991, de « *rechercher, en coopération avec les organes et les services compétents, les solutions les plus appropriées à la protection des intérêts légitimes des citoyens et à l'amélioration de l'action administrative* » (« O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 718).

¹⁸⁴⁹ Sur ce point, v. P. Gélard, *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 43.

¹⁸⁵⁰ La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*J.O.* du 2 avril 2006, p. 4950) autorisait effectivement la HALDE, en présence de faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et L. 122-45 et L. 123-1 du Code du travail, à proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende visant à indemniser la victime.

¹⁸⁵¹ A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *op. cit.*, p. 453.

¹⁸⁵² En ce sens, voir l'article 28-II de la loi organique.

C. L'adjonction de prérogatives « *semi-contentieuses* »¹⁸⁵³ plus originales de saisine du juge

737. Considérées par Manuel Ruiz Cézar comme un moyen de défense direct des droits fondamentaux¹⁸⁵⁴, les prérogatives semi-contentieuses attribuées à l'ombudsman spécialisé ne sont pas totalement étrangères au modèle originel scandinave. A l'identique du Défenseur des droits, du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple, celui-ci peut se prévaloir de prérogatives de saisine du juge ordinaire (1). Toutefois, de telles attributions prennent une dimension particulière dans le cadre de l'*human rights ombudsman* étant donné que celui-ci, du moins en Espagne et au Portugal, dispose également d'une compétence sans équivalent de saisine du Tribunal constitutionnel (2). Conduisant l'ombudsman à s'ériger, selon le professeur Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes¹⁸⁵⁵, en magistrature de participation, ces prérogatives semi-contentieuses extraordinaires, spécialement de saisine du Tribunal constitutionnel, sont cependant loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine. A l'origine de vives oppositions lors du débat parlementaire relatif à l'adoption de la loi organique du Défenseur du Peuple¹⁸⁵⁶, la possibilité donnée à l'ombudsman de faire appel au juge s'inscrirait, aux yeux de bon nombre d'auteurs, en contradiction avec la magistrature d'influence de l'institution et, ce faisant, entraînerait sa dénaturation¹⁸⁵⁷.

738. Toutefois, ces critiques n'emportent pas l'adhésion. Outre qu'elles permettent de pallier les difficultés d'accès au juge rencontrées par le justiciable¹⁸⁵⁸, les prérogatives semi-contentieuses mises à la disposition de l'ombudsman, d'une part, ne conduisent pas nécessairement à altérer sa magistrature d'influence, dans la mesure où, tel que souligné précédemment, l'ombudsman ne fait en réalité que remettre la prise de décision à autrui¹⁸⁵⁹, et, d'autre part, s'inscrivent dans la continuité logique de la spécialisation de l'institution dans

¹⁸⁵³ L'expression est empruntée au professeur André Legrand qui considère que les prérogatives de saisine du juge octroyées à l'ombudsman conduisent ce dernier à opérer un contrôle semi-contentieux (*L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, op. cit., p. 283). Dans un sens similaire, v. J. Varela Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », op. cit., p. 72.

¹⁸⁵⁴ M. Ruiz Cézar, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », in *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. 3, Ministerio de Justicia, 1988, p. 2476.

¹⁸⁵⁵ J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía », op. cit., p. 318.

¹⁸⁵⁶ On songera notamment au propos tenu par le sénateur Orello Gómez selon lesquels « attribuer des fonctions juridictionnelles au Défenseur du Peuple dans un ordonnancement juridique disposant d'une système constitutionnel concentré constitue une incongruité notable » (rapporté par C. Luna Abella, « Artículo 29 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 721-722).

¹⁸⁵⁷ En ce sens, v. par ex. : P. de Vega, « Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución », op. cit., p. 11 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., p. 112.

¹⁸⁵⁸ La remarque vaut tout particulièrement pour le Portugal où le citoyen ne dispose d'aucune voie d'accès directe au Tribunal constitutionnel équivalente au recours d'*amparo* espagnol (sur ce point, v. *infra*, n° 931 et ss.).

¹⁸⁵⁹ C'est la raison pour laquelle le professeur Joaquín Varela Suanzes-Carpegna considère que qualifier de juridictionnelles les prérogatives de saisine du juge dont dispose l'ombudsman serait une grave erreur (« La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », op. cit., p. 73).

la protection des droits fondamentaux¹⁸⁶⁰. En effet, à partir du moment où l'institution se voit attribuer une fonction privilégiée de garantie des droits de la personne humaine, il apparaît indispensable qu'elle soit en mesure d'impulser le contrôle du juge, gardien privilégié des droits fondamentaux¹⁸⁶¹.

1. Une faculté commune au Défenseur des droits et au modèle ibérique de saisine du juge ordinaire

739. Partagée par les trois institutions objets de l'étude, la faculté de saisine du juge ordinaire n'en prend pas moins des formes différentes selon le pays considéré. Hormis une prérogative commune au *Provedor de Justiça*, au Défenseur du Peuple et au Défenseur des droits d'accusation des fonctionnaires devant le juge répressif, les solutions en cette matière divergent sensiblement d'un système juridique à l'autre.

740. Inspirée du modèle originel scandinave¹⁸⁶², la faculté d'activation des juridictions répressives attribuée à l'*human rights ombudsman* ne saurait conduire l'institution à agir d'elle-même devant le juge, mais seulement à informer le Ministère public de faits constitutifs d'une infraction pénale. A ce titre, elle peut être qualifiée d'indirecte¹⁸⁶³.

741. En Espagne, une telle compétence est prévue par l'article 25 de la loi organique. En vertu de cette disposition, lorsque le Défenseur du Peuple prend connaissance, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, d'une conduite ou de faits apparemment délictueux, il en informe le Procureur général de l'Etat qui le tient informé de l'avancement de la procédure engagée. En contrepartie, le Procureur général doit informer le Défenseur des éventuelles irrégularités administratives dont le Ministère public a connaissance dans l'exercice de ses fonctions¹⁸⁶⁴.

742. Dans un sens identique, l'article 35-1 du statut du *Provedor de Justiça*, déjà identifié à l'occasion des développements relatifs à la compétence de l'institution pour saisir l'autorité hiérarchique investie du pouvoir disciplinaire, permet à l'ombudsman portugais d'informer le Procureur général de la République de faits constitutifs d'une infraction pénale afin que ce dernier initie les procédures judiciaires adaptées¹⁸⁶⁵.

743. Quant à la France, l'article 33-3 de la loi organique précise : « lorsqu'il apparaît au Défenseur des droits que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou

¹⁸⁶⁰ Point de vue défendu par Manuel Dapena Baqueiro, du moins s'agissant de la capacité du Défenseur du Peuple à introduire un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel (*Ley orgánica del Defensor del Pueblo* (« ombudsman »), *op. cit.*, p. 18).

¹⁸⁶¹ D'autant que, en définitive, l'ombudsman fait preuve d'une grande prudence dans l'utilisation de ces prérogatives (sur ce point, v. *infra*, n° 892-897).

¹⁸⁶² Sur la faculté d'accusation pénale de l'ombudsman scandinave, v. spéc. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 440 ; A. Legrand, « L'ombudsman parlementaire suédois. 1970-1990. Une originalité persistante », *op. cit.*, p. 582.

¹⁸⁶³ M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁶⁴ Art. 25-3 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

¹⁸⁶⁵ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : A. Silva Dias et F. Aguilar, « O Provedor de Justiça e o Processo Penal », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, *op. cit.*, p. 9.

d'un délit, il en informe le Procureur de la République ». A l'instar de la procédure applicable devant le Défenseur du Peuple, le Procureur de la République informe le Défenseur des droits des suites données à ses transmissions. Par ailleurs, et toujours selon l'article 33 de la loi organique, le Défenseur doit également porter à la connaissance de l'autorité judiciaire les affaires concernant un mineur susceptibles de donner lieu à des mesures d'assistance éducative prévues à l'article 375 du code civil ou toutes informations qu'il aurait recueillies à l'occasion de sa saisine par un mineur impliqué dans une procédure en cours¹⁸⁶⁶.

744. Pour le reste, et tel qu'il a été souligné, l'état du droit positif diverge sensiblement selon le système juridique considéré.

745. Au Portugal, tout d'abord, le *Provedor de Justiça* ne dispose d'aucune autre compétence semi-contentieuse de saisine du juge ordinaire. Ce n'est pourtant pas faute de revendications doctrinales en faveur de la mise à disposition de l'institution d'une prérogative de contestation des actes réglementaires devant le juge administratif¹⁸⁶⁷.

746. En Espagne, ensuite, le Défenseur du Peuple, outre son pouvoir de mise en accusation pénale des fonctionnaires, peut compter sur deux autres prérogatives semi-contentieuses de saisine du juge ordinaire.

747. En premier lieu, l'article 26 de la loi organique lui permet d'exercer des actions en responsabilité, *a priori* civile, contre les autorités, fonctionnaires et agents du gouvernement et de l'administration.

748. En second lieu, l'article 3-c de la loi organique du 24 mai 1984, organisant la procédure d'*habeas corpus*¹⁸⁶⁸, habilite le Défenseur du Peuple, afin de défendre le droit constitutionnel de toute personne, espagnole ou étrangère, à la liberté, à introduire un recours d'*habeas corpus* devant le juge d'instruction.

749. Excepté ces deux prérogatives, l'ombudsman espagnol ne dispose d'aucune compétence générale de saisine du juge ordinaire, ce qui ne manque pas d'alimenter la critique de l'autre côté des Pyrénées. Au-delà du fait de priver l'institution d'un instrument de protection des droits fondamentaux non négligeable, l'impossibilité pour le Défenseur du Peuple de recourir au juge ordinaire se révèle en effet porteuse d'une certaine incohérence compte tenu de sa capacité à introduire des recours d'*amparo* constitutionnels dont la recevabilité est, en principe, conditionnée par l'écoulement des voies de recours de droit commun¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁶ S'agissant du domaine de la protection des droits de l'enfant, il convient de noter que l'article 35 de la loi organique exige du Défenseur des droits qu'il saisisse les autorités locales compétentes de tout élément susceptible de justifier une intervention du service en charge de l'aide sociale à l'enfance.

¹⁸⁶⁷ J. Menéres Pimentel, « *Provedor de Justiça* », *op. cit.*, p. 661.

¹⁸⁶⁸ Loi organique n° 6-1984 du 24 mai 1984 relative à la procédure d'*habeas corpus*, *B.O.E.* du 26 mai 1984, p. 14756.

¹⁸⁶⁹ Pour une approche approfondie de cette problématique, v. *infra*, n° 1401 et ss.

750. En France, enfin, le Défenseur des droits dispose d'une faculté d'accès au juge ordinaire particulièrement large puisque, aux termes de l'article 33-2 de la loi organique, non seulement les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales, mais, par ailleurs et surtout, il peut lui-même demander, et dans ce cas son audition est de droit, à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions. Autrefois limitée à la HALDE¹⁸⁷⁰, cette capacité d'intervention du Défenseur des droits devant le juge ordinaire en vue de présenter des observations, susceptible d'être utilisée pour l'ensemble des matières relevant de son domaine de compétence, donne un exemple supplémentaire du nivellement par le haut des pouvoirs des institutions regroupées au sein de cette nouvelle autorité¹⁸⁷¹.

751. En revanche, le législateur organique n'a finalement pas retenu le pouvoir, pourtant adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, permettant au Défenseur des droits de déposer une requête devant le juge administratif en vue de la reconnaissance de droits individuels en faveur d'un groupe de personnes ayant le même intérêt et l'ayant préalablement saisi¹⁸⁷².

752. A ces prérogatives de saisine du juge ordinaire s'ajoutent, en Espagne et au Portugal, des attributions semi-contentieuses particulièrement innovantes de saisine du Tribunal constitutionnel.

2. Une faculté spécifique au modèle ibérique : la saisine du Tribunal constitutionnel

753. De toute évidence, les prérogatives extraordinaires de saisine du Tribunal constitutionnel attribuées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* doivent être appréhendées au regard de la spécificité du contexte de mise en place de l'institution sur la péninsule ibérique. Soucieux de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit démocratique à la suite d'une dictature longue de près d'un demi-siècle, l'Espagne et le Portugal du milieu des années 1970 ont exprimé le besoin de multiplier les voies de garantie des droits et libertés. Dans ces conditions, il est apparu indispensable de permettre à l'ombudsman de saisir le Tribunal constitutionnel des normes juridiques liberticides portées à sa connaissance¹⁸⁷³. Deux éléments permettent d'étayer cette théorie.

754. D'une part, le fait que la réception de l'*human rights ombudsman* par les pays d'Amérique latine et d'Europe de l'Est, dans un contexte similaire de transition

¹⁸⁷⁰ Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, *op. cit.*

¹⁸⁷¹ En ce sens, v. l'annexe 4.

¹⁸⁷² Sur cette question, v. en part. : O. Dord, « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *op. cit.*, p. 963 ; M.-C. de Montecler, « Le Défenseur des droits pourrait engager une action de groupe », *A.J.D.A.*, 2011, p. 68.

¹⁸⁷³ Sur le lien étroit existant entre contexte de transition démocratique et octroi de prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel à l'ombudsman, v. not. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 111.

démocratique¹⁸⁷⁴, se soit également distinguée, dans la plupart des cas, par l'attribution de prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel à l'institution¹⁸⁷⁵.

755. D'autre part, et c'est très certainement là un élément du statut de l'institution à repenser¹⁸⁷⁶, le fait que le Défenseur des droits, dont la mise en place participe d'une rupture du lien qui existait jusqu'à présent entre spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat démocratique, ne dispose d'aucune prérogative équivalente. En effet, bien que préconisée par le Comité Balladur¹⁸⁷⁷, l'attribution au Défenseur des droits d'une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées, séduisant les plus sceptiques quant à l'opportunité d'introduire, en droit français, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois¹⁸⁷⁸, n'a pas été retenue par le constituant. En revanche le Secrétaire général du Défenseur des droits, Richard Senghor, considère que rien n'empêche le Défenseur des droits, dans le cadre des observations écrites ou orales qu'il est amené à présenter devant le juge ordinaire, de soulever une question prioritaire de constitutionnalité¹⁸⁷⁹. Car si une telle compétence n'est pas expressément reconnue par la loi organique relative au Défenseur des droits, contrairement à ce que souhaitait le professeur Catherine Teitgen-Colly¹⁸⁸⁰, elle ne contredirait pas pour autant les dispositions constitutionnelles et législatives intéressant la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité. Sur ce point, une interrogation résulte toutefois de la jurisprudence *Yusen air & Sea service* rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 2 juin 2010¹⁸⁸¹. A travers cette décision, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire est venue préciser que si les dispositions légales donnant à la HALDE la faculté de présenter des observations en justice ne méconnaissent pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes, dès lors qu'elles sont soumises au contradictoire, ces dernières ne sauraient pour autant conférer à la Haute autorité la qualité de partie à l'instance¹⁸⁸². Or, le

¹⁸⁷⁴ En ce sens, v. l'annexe 1.

¹⁸⁷⁵ L'affirmation est particulièrement vraie s'agissant de l'Amérique latine où la quasi-totalité des pays disposant d'un ombudsman spécialisé ont octroyé à l'institution des compétences de saisine du Tribunal constitutionnel (pour une approche approfondie de l'état du droit positif sur cette question, v. en part. : M. Díaz Crego, « Defensor del Pueblo y justicia constitucional : entre la declaración de intenciones y el exceso competencial », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 309 et ss. ; C. Luna Abella, « Artículo 29 », op. cit., pp. 749-762).

¹⁸⁷⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 1499 et ss.

¹⁸⁷⁷ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, op. cit., p. 93.

¹⁸⁷⁸ En ce sens, le professeur Dmitri Georges Lavroff soulignait en 1991 que « la technique employée par le constituant espagnol pour ouvrir indirectement à des particuliers la voie du recours en inconstitutionnalité nous semble très intéressante et probablement plus efficace que le recours par la voie d'exception que le Président de la République française a voulu créer en 1989 » (« A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », op. cit., p. 556). Dans un sens similaire, v. Y. Gaudemet, « La conformité des lois à la Constitution (à propos de la révision constitutionnelle : ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué) », op. cit., p. 1704.

¹⁸⁷⁹ Propos recueillis à l'occasion d'un entretien tenu à Paris le 8 décembre 2011, op. cit.

¹⁸⁸⁰ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », op. cit., p. 125.

¹⁸⁸¹ Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service*, req. 08-40. 628 ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 79-81, p. 11, chron. S. Amrani-Mekki ; *Petites affiches*, 2011, n° 114, p. 7, note A. Gardin ; *J.C.P. S.*, 2010, p. 1241, note G. Loiseau ; *Dr. Soc.*, 2010, p. 992, note J. Mouly.

¹⁸⁸² En réalité, la Cour de cassation ne fait que rappeler la circulaire du 3 octobre 2005, portant sur les relations entre la Haute autorité et l'autorité judiciaire, aux termes de laquelle : « La faculté donnée à la HALDE de

Conseil constitutionnel, à travers sa décision en date du 3 décembre 2009, n'a pas manqué de rappeler que « *les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit [...]* »¹⁸⁸³. Ce faisant, le doute reste entier quant à la possibilité pour le Défenseur des droits de soulever une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre des observations qu'il amené à présenter devant le juge ordinaire.

756. Quoi qu'il en soit, et pour revenir aux prérogatives de saisine du Tribunal constitutionnel attribuées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, il est possible de distinguer, d'un côté, une compétence commune aux deux institutions d'introduction de recours en inconstitutionnalité (a), de l'autre, une attribution spécifique à chacune d'entre elles : la légitimité active de l'institution espagnole en matière d'*amparo* constitutionnel, la faculté de son homologue portugais de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité par omission (b). Etant entendu que ces prérogatives, à l'image de l'ensemble des attributions de l'ombudsman spécialisé, peuvent être exercées d'office ou sur le fondement des plaintes adressées à l'institution.

a. La possibilité de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité, prérogative commune au Provedor de Justiça et au Défenseur du Peuple

757. La faculté dont jouit l'ombudsman spécialisé de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité compte probablement parmi les prérogatives les plus remarquables attribuées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*¹⁸⁸⁴.

758. En Espagne, cette prérogative, prévue par l'article 162-1.a) de la Constitution et l'article 29 de la loi organique du 6 avril 1981, se trouve précisée par l'article 31-2.b) de la loi organique du Tribunal constitutionnel¹⁸⁸⁵. En vertu de cette disposition, le Défenseur du Peuple est habilité à former un recours en inconstitutionnalité contre les statuts d'autonomie et les autres lois de l'Etat, organiques ou ordinaires, contre les dispositions normatives et les actes de l'Etat ou des Communautés autonomes ayant force de loi, contre les traités internationaux et contre les règlements des Chambres et des Cortès Générales.

759. Au Portugal, il convient de souligner que la capacité du *Provedor de Justiça* à introduire un recours en inconstitutionnalité, consacrée par l'article 281-2.d) de la Constitution et l'article 20-3 du statut du 9 avril 1991, se double d'une compétence de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en déclaration d'illégalité. Le contrôle abstrait opéré par la juridiction constitutionnelle portugaise intervenant non seulement sur le terrain de la

présenter des observations devant les juridictions ne lui confère pas la qualité de partie à l'instance » (Circulaire CRIM 2005-22 du 3 oct. 2005, *B.O. min. Just.* n° 100).

¹⁸⁸³ Cons. const., décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *op. cit.*

¹⁸⁸⁴ En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁸⁵ Loi organique n° 2-1979 du 3 octobre 1979, *op. cit.*

constitutionnalité, mais également sur celui de la légalité¹⁸⁸⁶, le constituant a effectivement fait le choix de configurer le *Provedor de Justiça* en autorité de saisine dans les deux hypothèses.

760. Permettant à l'ombudsman de s'ériger en protecteur des droits et libertés fondamentaux contre l'action du législateur, cette prérogative semi-contentieuse de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité n'en demeure pas moins source de vives controverses. A l'origine de nombreux amendements de suppression en Espagne¹⁸⁸⁷, une telle faculté, de par la « portée éthique et politique de grande envergure » que présente le recours en inconstitutionnalité¹⁸⁸⁸, placerait l'ombudsman dans une situation déplaisante et porterait en elle-même le germe d'une inévitable politisation de l'institution, de nature à attenter à sa neutralité¹⁸⁸⁹. Le Défenseur du Peuple Joaquín Ruiz Giménez-Cortés lui-même, à l'occasion du rapport de l'institution aux Cortès Générales pour l'année 1984, affirmait que « nul ne comprendra jamais la surcharge de responsabilité que représente l'exercice d'une prérogative aussi grave »¹⁸⁹⁰.

761. Sans nier les dangers attachés à la légitimité de l'ombudsman en matière de recours en inconstitutionnalité, il semble possible d'affirmer que leur concrétisation tient pour beaucoup à l'utilisation que fait le représentant de l'institution d'une telle prérogative. A ce titre, la question s'est rapidement posée, en Espagne comme au Portugal, de savoir si l'usage du recours en inconstitutionnalité par l'ombudsman devait être limité à la seule défense des droits et libertés constitutionnellement garantis ou, au contraire, pouvait permettre la défense du texte constitutionnel dans son ensemble. La question mérite évidemment d'être posée dès lors que la portée du recours en inconstitutionnalité excède par définition le cadre de la mission poursuivie par l'ombudsman spécialisé¹⁸⁹¹. N'étant pas résolue par les textes de référence, cette problématique a fait l'objet d'importantes discussions au sein de la doctrine. Aux défenseurs d'une conception extensive de la compétence de l'institution en la matière¹⁸⁹²

¹⁸⁸⁶ En vertu de l'article 281-1 de la Constitution portugaise, le Tribunal constitutionnel est compétent pour apprécier et déclarer l'illégalité de toute norme figurant dans un acte législatif en raison de la violation d'une loi ayant une valeur renforcée, de toute norme figurant dans un texte régional en raison de la violation du statut de la région autonome, de toute norme figurant dans un texte qui émane des organes de souveraineté en raison de la violation des droits d'une région, consacrés dans son statut.

¹⁸⁸⁷ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à : C. Luna Abella, « Artículo 29 », *op. cit.*, pp. 715-716.

¹⁸⁸⁸ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, p. 13.

¹⁸⁸⁹ En ce sens, v. not. : Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, p. 314 ; J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁹⁰ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁹¹ Tel qu'il a été démontré précédemment, le recours en inconstitutionnalité donne lieu à un contrôle qui n'a pas pour fonction permanente et principale la protection des droits fondamentaux, mais une finalité plus générale de garantie de la suprématie de la Constitution, qu'un problème lié aux droits fondamentaux se pose ou non.

¹⁸⁹² V. entre autres : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 160-161 ; J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2692 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 167.

s'opposant les partisans d'une approche restrictive¹⁸⁹³. Si la seconde thèse ne manque pas de sens, compte tenu de la finalité de la mission poursuivie par l'*human rights ombudsman*, il convient de constater que ce n'est pas la position retenue par le Tribunal constitutionnel espagnol. A travers sa décision du 15 novembre 2000¹⁸⁹⁴, ce dernier affirme explicitement que le domaine de compétence du Défenseur du Peuple en matière de recours en inconstitutionnalité englobe l'ensemble de la Constitution sans limitation aucune aux seuls droits et libertés consacrés dans son titre premier. En dépit de cette solution jurisprudentielle, il apparaît tout de même souhaitable que la plus grande prudence anime l'ombudsman lorsqu'il use de cette prérogative semi-contentieuse¹⁸⁹⁵. Car, outre le risque de politisation de l'institution, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* gagneraient à ne pas trop s'éparpiller sur des questions n'intéressant pas directement la défense des droits fondamentaux.

b. L'existence de prérogatives spécifiques à chaque institution

762. Tandis que le Défenseur du Peuple se trouve compétent pour solliciter l'intervention de la juridiction constitutionnelle en matière d'*amparo*, le *Provedor de Justiça* dispose pour sa part de la faculté de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité par omission. Evidemment, la spécificité de ces prérogatives semi-contentieuses tient ici au fait que le contrôle auquel elles donnent lieu est lui-même spécifique au système national de justice constitutionnelle. En somme, c'est parce que la juridiction constitutionnelle portugaise est habilitée à contrôler les omissions législatives que le *Provedor de Justiça* se voit ériger en autorité de saisine dans la cadre d'un tel contrôle. Inversement, c'est parce que le système de justice constitutionnelle espagnole prévoit l'existence d'un recours direct devant le Tribunal constitutionnel que le Défenseur du Peuple est habilité à introduire ce type de recours.

763. La faculté du Défenseur du Peuple de saisir le Tribunal constitutionnel de recours d'*amparo*. Accueillie plus favorablement que la compétence de l'institution en matière de recours en inconstitutionnalité, la faculté dont jouit le Défenseur du Peuple de saisir le Tribunal constitutionnel de recours d'*amparo*, consacrée par les articles 162-1.b) de la Constitution, 29 de la loi organique du Défenseur du Peuple et 46 de la loi organique du Tribunal constitutionnel, se révèle on ne peut plus logique dès l'instant où le contrôle auquel donne lieu un tel recours a pour fonction exclusive la protection des droits fondamentaux. Offrant une alternative à l'ombudsman espagnol lorsque ses prérogatives non-contentieuses classiques se révèlent inefficaces ou inadaptées, cette attribution extraordinaire n'en demeure pas moins porteuse de son lot d'interrogations. Elle interpelle notamment au regard de l'incapacité du Défenseur du Peuple de saisir le juge ordinaire dans le cadre d'une procédure sommaire et prioritaire.

¹⁸⁹³ V. par ex. : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 353 ; J. Miranda, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 45 ; J. Varela Suanzes-Carpegna, « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁹⁴ STC 274/2000 du 15 novembre 2000, *B.O.E.* du 14 décembre 2000, F.J. 2.

¹⁸⁹⁵ En ce sens, v. Á. Gil Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 90.

764. Initialement prévue par l'avant-projet de Constitution¹⁸⁹⁶, la possibilité pour le Défenseur du Peuple de saisir le juge ordinaire des atteintes aux droits fondamentaux constatées fut finalement abandonnée à l'occasion du processus constituant, pour ne pas être reprise par le législateur organique. Reflet d'un consensus entre les partisans d'un Défenseur du Peuple aux compétences semi-contentieuses très poussées et les fervents défenseurs du cantonnement de l'institution à stricte une magistrature de persuasion, un tel abandon n'en demeure pas moins à l'origine de débats récurrents¹⁸⁹⁷. Et pour cause ! A partir du moment où la recevabilité de l'*amparo* constitutionnel se trouve conditionnée par l'épuisement des voies de recours devant le juge ordinaire, il apparaît effectivement assez surprenant de permettre au Défenseur du Peuple de saisir le Tribunal constitutionnel de recours d'*amparo* mais de lui refuser l'accès au juge ordinaire¹⁸⁹⁸. Une telle solution semble réduire à néant toute possibilité pour le Défenseur du Peuple d'introduire un recours d'*amparo* sur la base de son pouvoir d'action d'office et, ce faisant, limiter son rôle en la matière à une fonction de co-auteurs des recours d'*amparo* introduits par les particuliers devant le Tribunal constitutionnel¹⁸⁹⁹, fonction le conduisant à appuyer les demandes des justiciables qui auraient préalablement effectué les démarches nécessaires devant le juge ordinaire.

765. A moins que, comme le laisse entendre le professeur Luciano Parejo Alfonso¹⁹⁰⁰, l'exigence d'épuisement des voies de recours ordinaires ne soit pas opposable aux recours d'*amparo* introduits à l'initiative du Défenseur du Peuple. Afin d'appréhender le raisonnement proposé par Parejo Alfonso, il convient de partir du postulat selon lequel les prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel attribuées au Défenseur du Peuple ne peuvent servir, conformément à l'article 54 de la Constitution, qu'une fonction de défense objective des droits fondamentaux. A savoir que, lorsque le Défenseur du Peuple entend faire cesser une atteinte portée à un droit fondamental par le biais d'un recours d'*amparo*, il ne cherche pas, à l'inverse du particulier, la satisfaction d'une prétention

¹⁸⁹⁶ La faculté originelle du Défenseur du Peuple de saisir le juge ordinaire des atteintes aux droits fondamentaux constatées pouvait être déduite d'une lecture combinée des articles 46 et 45-2 du Projet de loi constitutionnelle. Tandis que l'article 46 disposait qu'« une loi organique règlera l'institution du Défenseur du peuple comme haut commissaire des Cortès générales, pour la défense des droits inclus dans le présent titre, qui, en toute hypothèse, pourra exercer les actions auxquelles se réfère le l'alinéa 2 de l'article antérieur », l'article 45-2 prévoyait pour sa part : « Tout citoyen pourra réclamer la protection des droits reconnus dans le chapitre second devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée, et au moyen du recours extraordinaire d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel » (rapporté par C. Luna Abella, « Artículo 29 », *op. cit.*, pp. 714-715).

¹⁸⁹⁷ Un argument régulièrement mis en avant en faveur de l'octroi d'une compétence de saisine du juge ordinaire au Défenseur du Peuple consistant à affirmer « qui peut le plus peut le moins ». il convient toutefois de noter que ces débats ont largement baissé en intensité depuis l'adoption de la loi 1998 et le refus définitif du législateur de reconnaître une telle compétence au Défenseur du Peuple (sur ces questions, v. C. Luna Abella, *op. cit.*, p. 737).

¹⁸⁹⁸ En ce sens, v. par ex. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2690 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 36 ; Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 247.

¹⁸⁹⁹ En ce sens, v. V. Gimeno Sendra, « Los organos colaboradores de la justicia constitucional en Costa Rica y en España », *R.F.D.C.*, 1992, n° 34, p. 12.

¹⁹⁰⁰ L. Parejo Alfonso, intervention faisant suite à la contribution de L. Aguiar de Luque y A. Elvira Perales, « Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales », in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, *op. cit.*, pp. 208-209.

subjective mais la réintégration de la sphère protégée par le droit fondamental violé. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu pour le Défenseur de recourir au juge ordinaire préalablement à l'introduction d'un *amparo* devant le Tribunal constitutionnel car cette exigence ne s'explique, dans le cadre des recours introduits par les particuliers, qu'en raison du caractère subjectif des intérêts qu'ils entendent défendre, dont le juge ordinaire, à la différence du Tribunal constitutionnel, se présente comme le protecteur naturel. En somme, il existerait deux types de recours d'*amparo* constitutionnel indépendants l'un de l'autre. Un premier, de nature subjective, ouvert aux particuliers et dont la recevabilité devant le Tribunal constitutionnel se trouve conditionnée par l'épuisement des voies de recours ordinaires. Un second, spécifique au Défenseur du Peuple, aucunement conditionné par la saisine préalable du juge ordinaire.

766. Rejetée par une partie de la doctrine¹⁹⁰¹, cette solution se trouve renforcée par le fait que l'article 46 de la loi organique du Tribunal constitutionnel ne fait référence à aucune exigence d'épuisement des voies de recours de droit commun préalablement à l'introduction d'un *amparo* constitutionnel par le Défenseur du Peuple¹⁹⁰². Elle se révèle toutefois difficilement vérifiable compte tenu du faible nombre de recours d'*amparo* introduits à ce jour par le Défenseur du Peuple¹⁹⁰³ et, partant, de l'absence d'une jurisprudence ou d'une pratique institutionnelle significative d'une orientation du droit positif en ce sens¹⁹⁰⁴.

767. La faculté du *Provedor de Justiça* de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité par omission. Prérogative semi-contentieuse particulièrement originale, la possibilité donnée au *Provedor de Justiça* de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité par omission place dans les mains de l'institution portugaise un formidable instrument en vue d'assurer de la matérialisation des droits et libertés constitutionnellement consacrés¹⁹⁰⁵. Prévues par l'article 283-1 de la Constitution et l'article 20-4 du statut du *Provedor de Justiça*, cette voie d'accès au juge, en tant qu'elle conduit le Tribunal constitutionnel à constater l'inertie de l'organe législatif lorsqu'il n'adopte pas les mesures nécessaires à l'exécution des dispositions de la norme suprême, se révèle en effet on ne peut plus adaptée à l'exercice d'une fonction de promotion des droits fondamentaux par l'*human rights ombudsman*.

768. Pour autant, une telle prérogative ne va pas sans alimenter la critique. A l'identique de la légitimité active de l'institution en matière de recours en inconstitutionnalité, le choix opéré par le constituant portugais d'octroyer au *Provedor de Justiça* une faculté de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité par omission a fait l'objet de vives oppositions, dont celle du député Costa Andrade¹⁹⁰⁶. Fortement connoté politiquement et

¹⁹⁰¹ V. par ex. : Gimeno Sendra, « Los organos colaboradores de la justicia constitucional en Costa Rica y en España », *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁰² En ce sens, v. C. Luna Abella, *op. cit.*, p. 740.

¹⁹⁰³ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à l'annexe 7.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 738.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 755.

¹⁹⁰⁶ Rapporté par J. Miranda, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 45.

poursuivant une finalité de concrétisation de l'ensemble des normes constitutionnelles, le recours en inconstitutionnalité par omission dépasserait pour Costa Andrade le strict cadre de la mission de protection des droits fondamentaux confiée au *Provedor de Justiça*. Par conséquent, l'attribution au *Provedor* d'une compétence de saisine du Tribunal constitutionnel en la matière n'aurait pas lieu d'être. Il convient pourtant de reconnaître qu'une telle attribution s'inscrit indiscutablement dans la logique de l'article 23-1 de la Constitution, aux termes duquel les citoyens peuvent présenter des plaintes au *Provedor de Justiça* en raison des omissions de pouvoirs publics. Aussi semble-t-il plus raisonnable d'affirmer que la plus grande prudence doit animer l'institution dans l'utilisation de cette prérogative. En ce sens, le professeur Jorge Miranda considère que le *Provedor de Justiça* ne saurait recourir au Tribunal constitutionnel à d'autres fins que la concrétisation des normes constitutionnelles intéressant les droits fondamentaux¹⁹⁰⁷.

769. Conclusion du Chapitre 1. Répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé, en France et sur la péninsule ibérique, se présente, en définitive, de par sa fonction, son statut et ses modalités d'intervention, comme une autorité non juridictionnelle spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux. Evidemment, le Défenseur français et ses homologues ibériques ne sauraient, en dépit de nombreuses similitudes, être placés sur le même plan dans la mesure où l'institution française accuse, en comparaison au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, des disparités et des insuffisances notables, intimement liées à la différence de contexte de mise en place de l'ombudsman spécialisé en France et de l'autre côté des Pyrénées. Pour autant, si l'analogie entre le Défenseur des droits et le modèle ibérique de référence n'est pas parfaite, la nouvelle institution française n'en demeure pas moins, à l'instar de ses voisins espagnol et portugais, spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux. Or, loin de faire double emploi avec les traditionnelles voies de recours, l'ombudsman spécialisé, en raison précisément de sa configuration institutionnelle atypique, se révèle en mesure de compléter habilement le système institutionnel classique de garantie.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*

Chapitre 2 – Une institution conçue pour compléter les mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux

770. Aussi indispensables soient-ils, les mécanismes classiques de garantie ne sauraient satisfaire l'ensemble des exigences des droits fondamentaux. Affectées de lacunes diverses et variées, les traditionnelles voies de recours, aussi bien juridictionnelles que non juridictionnelles, ne permettent pas toujours d'offrir une protection optimale des droits de la personne humaine. Conduisant à relativiser le caractère *a priori* complet du système institutionnel de garantie, cette insuffisance des mécanismes classiques constitue, on l'a vu, la principale justification du recours à un *human rights ombudsman*. Ce dernier, fort de sa configuration institutionnelle atypique, favorise l'émergence d'un système institutionnel de protection des droits et libertés complet. Spécialement aménagé pour la défense des droits fondamentaux, l'ombudsman spécialisé, loin de faire double emploi avec les organes de garantie déjà existant¹⁹⁰⁸, se distingue, au contraire, en raison d'un espace d'intervention propre et dynamique¹⁹⁰⁹. Porteur d'une véritable valeur ajoutée, il se révèle en mesure de répondre à des besoins que les autres institutions, également investies d'une mission de défense des droits fondamentaux, ne parviennent pas à satisfaire. En somme, et comme le soulignait déjà le Garde des Sceaux, René Pleven, lors de la création du Médiateur de la République, la mise en place de l'*human rights ombudsman* se propose de « *complète[r] et prolonge[r] l'action des organes de contrôle existant – juridiction et Parlement – sans entrer en concurrence ou faire double emploi avec eux* »¹⁹¹⁰.

771. Pourtant, si la doctrine la plus autorisée s'accorde pour affirmer que l'ombudsman spécialisé se présente comme une institution conçue pour compléter les mécanismes classiques de garantie¹⁹¹¹, il semble qu'à ce jour aucun auteur ne se soit véritablement proposé de systématiser ce processus de complémentarité. Dans ces conditions, la tentative de systématisation ici proposée présente un intérêt tout à fait évident. L'exercice n'en demeure pas moins délicat dès lors que la complémentarité existante entre l'*human rights ombudsman* et les mécanismes classiques de garantie présente de multiples facettes, susceptibles de varier sensiblement d'un système juridique à l'autre. Aussi conviendra-t-il de se cantonner aux principales manifestations de ce phénomène.

¹⁹⁰⁸ A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹⁰⁹ M. Bassols Coma, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 22.

¹⁹¹⁰ Cité par Ph. Bardiaux, « Le modèle continental », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹¹¹ Sans prétendre à l'exhaustivité, v. en ce sens : A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo entre el tribunal de la plebe y el poder negativo », *in* A. Colomer Viadel (Coord.), *Regenerar la política. Ciudadanos, ¿ sed protagonistas !*, Editorial UGARIT, colección Amadís, Valencia, 2008, p. 134 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 38 ; B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, pp. 212 et 227 ; Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 242 ; « Artículo 54 », *op. cit.*, p. 1193 ; C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 22 ; P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 141 ; N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1686 ; J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 11 ; A. la Pergola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 76 ; J. Rideau, « Le système de l'ombudsman », *Les droits de l'homme*, 1969, n° 2, p. 457 ; J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 315.

772. Afin de poursuivre l'analyse plus avant, deux précisions se doivent d'être apportées.

773. En premier lieu, l'apport du Défenseur des droits au système institutionnel français de garantie des droits et libertés ne saurait être strictement équivalent à celui de ses homologues ibériques. Compte tenu des carences institutionnelles qui sont les siennes, l'institution française offre, sur certains points, des perspectives de complémentarité sensiblement moins importantes que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. En somme, le Défenseur des droits favorise également l'émergence d'un système institutionnel de garantie complet mais à un degré parfois moins élevé que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*.

774. En second lieu, si l'ombudsman spécialisé participe d'une recherche de complémentarité de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie, il ne saurait, pour autant, être considéré comme un substitut aux systèmes traditionnels de contrôle¹⁹¹². Loin de remplacer celle des autres institutions de protection des droits et libertés, son action « *n'a de sens et d'utilité que si elle s'ajoute et se relie à celle des tribunaux et des instances politiques* »¹⁹¹³. Ainsi que le souligne le professeur Antonio la Pergola, « *là où manquent les présupposés propres de l'Etat de droit [...], l'institution de l'ombudsman ne saurait produire quelconque résultat : au lieu d'une respectable et efficace magistrature de persuasion il s'agirait seulement d'une voix clamant dans le désert* »¹⁹¹⁴.

775. Sous couvert de ces observations liminaires, deux facteurs permettent d'affirmer que l'ombudsman spécialisé œuvre en faveur d'un système institutionnel de protection des droits fondamentaux complet : d'une part, la capacité de l'institution à pallier l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie (Section 1), d'autre part, sa qualité de collaborateur privilégié des autres organes de défense des droits et libertés (Section 2).

Section 1 – Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux

776. Présenté par le professeur Álvaro Gil-Robles comme une tierce voie entre le contrôle politique et le contrôle juridictionnel¹⁹¹⁵, l'*human rights ombudsman*, en tant qu'il intervient là où les autres organes de garantie ne peuvent le faire¹⁹¹⁶, se propose de combler les zones

¹⁹¹² En ce sens, v. en part. : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, pp. 311-312 ; C. Eklundh, « La experiencia del ombudsman sueco en la actualidad », *op. cit.*, p. 112 ; H. Fix Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Editorial Civitas, S.A., Universidad nacional autónoma de México, Madrid, 1982, p. 283 ; M. Retuerto Buades, « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *op. cit.*, p. 13 ; « Le médiateur de l'Espagne », *op. cit.*, p. 47 ; A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 32 ; V. Zapatero Gómez, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁹¹³ G. Braibant, N. Questiaux, C. Wiener, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, *op. cit.*, p. 302.

¹⁹¹⁴ A. la Pergola, « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 74.

¹⁹¹⁵ Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 241.

¹⁹¹⁶ Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 31.

grises du système institutionnel de protection des droits fondamentaux¹⁹¹⁷. Animée par une philosophie distincte des instances traditionnelles de contrôle, cette autorité non juridictionnelle se présente comme une alternative appréciable aux insuffisances des mécanismes classiques de garantie. Evidemment, il faut se garder de croire que l'ombudsman spécialisé est susceptible de pallier l'ensemble des lacunes affectant les mécanismes classiques. Souffrant elle-même d'insuffisances préjudiciant à l'effectivité de sa fonction de défense des droits et libertés¹⁹¹⁸, cette instance ne saurait constituer une panacée en mesure de résoudre tous les problèmes. Comme a pu le démontrer Bernard Malignier, à propos du Médiateur de la République, le juge et l'ombudsman présentent parfois les mêmes faiblesses¹⁹¹⁹. L'impossibilité pour l'ombudsman de connaître des actes inattaquables devant le juge, dès l'instant où ces derniers revêtent un caractère politique, en est une illustration éclatante¹⁹²⁰. Il s'ensuit que certaines imperfections du système institutionnel de garantie appellent des réformes en profondeur¹⁹²¹, auxquelles l'ombudsman spécialisé, eu égard à son pouvoir de proposition de réformes, peut, certes, participer mais que seuls les pouvoirs publics sont à même de mener à bien. Quoi qu'il en soit, l'*human rights ombudsman* n'en demeure pas moins un palliatif à l'insuffisance des mécanismes, tant juridictionnels (§ 1) que non juridictionnels (§ 2), de garantie.

§ 1. Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes juridictionnels de garantie

777. Gardien privilégié des droits fondamentaux sujet à caution, le juge ne permet pas toujours d'assurer une protection optimale des droits et libertés. Outre que son attachement aux droits de la personne humaine est parfois remis en cause, un certain nombre de lacunes, d'ordre conjoncturel ou structurel, entravent l'effectivité de son action. De telles lacunes, intimement liées à la rigueur et au formalisme entourant la garantie juridictionnelle, s'expriment à la fois sur le terrain de l'accès au prétoire du juge et sur celui de l'efficacité de son contrôle.

778. Or, l'*human rights ombudsman* s'avère en mesure de combler certaines de ces insuffisances car l'ombudsman et le juge ne sont pas deux formes de protection exclusives l'une de l'autre. Loin de concurrencer l'action du juge¹⁹²², l'ombudsman spécialisé, grâce à sa souplesse et à son informalité, s'érige, au contraire, en un complément utile de la garantie

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁹¹⁸ Sur ce point, v. *infra*, Partie II, Titre II – Une consolidation des droits fondamentaux perfectible.

¹⁹¹⁹ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 163.

¹⁹²⁰ Dans la mesure où les organes de nature politique se trouvent exclus de la sphère de compétence de l'*human rights ombudsman*, ce dernier se refuse également, de façon somme toute logique, de connaître des actes matériellement politiques.

¹⁹²¹ En ce sens, v. J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y Administración Pública », *op. cit.*, p. 2670.

¹⁹²² En ce sens, v. not. : B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, p. 227 ; T. Mostafa-Kamel, « Allocution de séance d'ouverture », in *Actes du séminaire régional d'échanges sur la médiation et l'Etat de droit : Bulgarie, Moldavie, Roumanie*, 1998, p. 12, [en ligne]. Disponible sur [<http://democratie.francophonie.org>] ; R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 74.

juridictionnelle¹⁹²³. S'il se révèle proche du juge par sa mission, il s'en distingue, en revanche, radicalement par ses pouvoirs, le fondement de ses interventions et les modalités de son contrôle¹⁹²⁴. C'est pourquoi ces deux institutions sont sans aucun doute à même de coexister et de jouer un rôle complémentaire dans le cadre de la défense des droits et libertés fondamentaux¹⁹²⁵. Evidemment, « *le contrôle exercé par [l']ombudsman ne saurait remplacer le contrôle juridictionnel, mais il peut le compléter avantageusement* »¹⁹²⁶. Moins aléatoire que la garantie juridictionnelle dans sa mise en œuvre (A), la protection qu'il offre, distincte de celle du juge dans ses modalités d'exercice (B), se veut, de surcroît, potentiellement plus efficace dans ses effets (C).

A. Une protection moins aléatoire que la garantie juridictionnelle dans sa mise en œuvre

779. A l'identique de la garantie juridictionnelle, l'*human rights ombudsman* ne peut déployer son contrôle qu'à la condition d'être préalablement saisi. Mais, en dépit de cette analogie, les *ombudsmen* français et ibériques offrent deux avantages de taille par rapport au juge leur assurant une intervention quasi-systématique en matière de protection des droits fondamentaux : d'une part, une accessibilité nettement supérieure (1), d'autre part, et surtout, la vertu inestimable que constitue le complément de l'action d'office (2).

1. Une accessibilité supérieure à celle du juge

780. Entravée par des obstacles divers et variés, tels le refus du juge d'opérer son contrôle, l'exclusion de certaines catégories de droits des voies de recours spécialisées dans la protection des droits fondamentaux et, surtout, les facteurs matériels ou psychologiques dissuasifs de l'exercice du droit au recours, l'accès au prétoire du juge demeure, encore aujourd'hui, une entreprise parfois délicate dans laquelle le justiciable n'est pas nécessairement prêt à s'engager. Au contraire, l'ombudsman se présente comme une voie de recours plus accessible, susceptible d'être préférée à la garantie juridictionnelle. Tandis que son champ de compétence le conduit à s'ériger en défenseur de l'ensemble des droits fondamentaux, sans exception¹⁹²⁷, l'*human rights ombudsman* propose, à la différence de la protection juridictionnelle, des modalités d'accès particulièrement attractives, caractérisées par la souplesse et la simplicité (a). A cela, s'ajoute le haut degré de confiance inspirée par l'institution auprès des administrés (b).

¹⁹²³ Cette vertu de complémentarité est notamment défendue par le professeur Jesús González Pérez à travers son article, déjà évoqué, « *Nuevos sistemas de control de la Administración pública* ».

¹⁹²⁴ M. Le Clainche, « *L'ombudsman, cet inconnu* », *op. cit.*, p. 564.

¹⁹²⁵ Sur ce point, v. P. Garant, « *Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie)* », *op. cit.*, p. 243.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, p. 242.

¹⁹²⁷ V. *supra*. n° 503-510.

a. Des modalités d'accès attractives

781. Se distinguant grâce à la gratuité de ses services et la souplesse des conditions de recevabilité des plaintes qui lui sont adressées, l'ombudsman tranche incontestablement par rapport au caractère onéreux et complexe de la procédure juridictionnelle. Soumises à un formalisme réduit au strict minimum, les modalités d'accès à l'institution s'avèrent, en effet, autrement plus simples que celles régissant la procédure contentieuse. Comme le soulignait déjà Robert Pierot en 1974 à propos du Médiateur de la République, la recevabilité des réclamations obéit à des conditions très différentes selon qu'elles sont adressées au juge ou à l'ombudsman : « *pour les unes, il existe un système rigoureux, cohérent et nécessaire qui exige une décision préalable faisant grief, pour les autres il suffit d'une "affaire... concernant" le réclamant précédée d'une simple démarche auprès de l'Administration. Il n'est pas douteux que pour l'administré moyen, le laxisme du second système sera plus attrayant que la rigueur du premier et que, de ce point de vue, le médiateur pourra, en cas de compétence concurrente, être préféré au juge* »¹⁹²⁸. Sans compter que, exception faite de l'Espagne où le Défenseur du Peuple ne peut être saisi que dans un délai, au demeurant relativement long, d'un an à compter de la survenance des faits, la recevabilité des réclamations adressées à l'ombudsman n'est soumise à aucune considération de délai. De sorte que, et c'est là un avantage supplémentaire par rapport à la procédure contentieuse, l'accès à l'ombudsman demeure affranchi « *des règles impératives et complexes qui commandent en matière de délai la recevabilité des requête devant le juge administratif* »¹⁹²⁹. En somme, il suffit à l'administré d'adresser une réclamation écrite et d'apporter la preuve de l'existence d'un intérêt à agir pour que la protection offerte par l'ombudsman se mette en marche¹⁹³⁰. Par ailleurs, se doit d'être rappelée l'existence, en France, d'un important réseau de délégués territoriaux de l'institution. Susceptibles d'être directement saisis par les citoyens, les services déconcentrés du Défenseur des droits contribuent, ne serait-ce que par leur proximité géographique, au rapprochement de l'institution et des administrés¹⁹³¹. De plus, leur fonction d'écoute et de conseil facilite incontestablement l'accès des administrés à l'institution¹⁹³². Elle permet notamment d'aider le citoyen à effectuer, préalablement à la saisine du Défenseur, les démarches nécessaires auprès des personnes publiques ou des organismes en cause¹⁹³³.

782. Or, cette souplesse des modalités d'accès à l'ombudsman favorise sans nul doute la saisine de l'institution par le citoyen victime d'une violation de ses droits fondamentaux. De surcroît, elle offre une alternative appréciable au justiciable rencontrant des difficultés pour s'adresser au juge, en particulier lorsqu'il ne dispose pas des ressources économiques et

¹⁹²⁸ R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », *op. cit.*, p. 686.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 688.

¹⁹³⁰ En ce sens, v. R. Pellon, « Las metamorfosis del "ombudsman" », *op. cit.*, p. 73.

¹⁹³¹ Sur ce point, v. : Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, pp. 33-34 ; Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, L.G.D.J., Droit et Société, Paris, 2002, p. 49.

¹⁹³² J.-P. Delevoye, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, Le cherche midi, coll. Documents, Paris, 2005, p. 12.

¹⁹³³ Obligation procédurale prévue par l'article 6-2 de la loi organique relative au Défenseur des droits et spécifique, on le rappelle, à l'institution française.

culturelles suffisantes pour supporter le coût financier d'un procès et déchiffrer les subtilités de la procédure juridictionnelle¹⁹³⁴. En d'autres termes, l'ombudsman offre la possibilité aux personnes les plus démunies et en situation d'exclusion, dont les étrangers, les mineurs, les personnes âgées ou, encore, les personnes placées dans des lieux privatifs de libertés¹⁹³⁵ de revendiquer l'effectivité de leurs droits fondamentaux là où l'ésotérisme et le coût d'une procédure contentieuse les conduits à renoncer à l'exercice de leur droit au recours. Il favorise ainsi la diminution du « *nombre de dénis de justice "implicites" résultant de l'inhibition des victimes de l'administration devant les difficultés de la procédure administrative contentieuse* »¹⁹³⁶.

783. Et la voie de recours offerte par l'ombudsman ne saurait être réservée aux seules personnes en situation d'exclusion. Il faut effectivement se garder de tomber dans les caricatures consistant à assimiler, d'un côté, la garantie juridictionnelle à la justice des riches et des « puissants » et, de l'autre côté, la protection offerte par l'ombudsman à la justice des pauvres et des « faibles ». Tandis que des efforts constants sont réalisés en vue de favoriser l'accès de tous au prétoire du juge, le recours à l'ombudsman est susceptible d'intéresser l'ensemble des publics. Par exemple, la rapidité d'action de l'institution¹⁹³⁷, intimement liée à la souplesse et à l'informalité de ses interventions¹⁹³⁸, peut séduire n'importe quel citoyen découragé par la lenteur de la justice, indistinctement de sa richesse économique et culturelle. Dans la mesure où les justiciables accordent plus facilement leur confiance à une justice rapide¹⁹³⁹, la voie de l'ombudsman peut être privilégiée par tout administré soucieux que « *l'administration révise d'emblée sa position, s'il y a lieu, plutôt que d'obtenir plusieurs mois après, l'annulation d'une décision définitive ou la compensation indemnitaire d'une faute dont il aura dû subir les effets et qui peut être parfois difficilement réversible* »¹⁹⁴⁰. D'ailleurs, les données statistiques fournies par les rapports d'activité du Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* attestent de la très grande diversité du public s'adressant à l'institution. Surtout, elles offrent l'occasion de constater que le profil du requérant type n'est pas nécessairement celui d'une personne en situation d'exclusion. Ainsi, le rapport portugais pour la 3^{ème} Conférence mondiale des *ombudsmen*, tenue en 1984, précise que le requérant standard est « *un citoyen masculin, dont l'âge serait compris entre 35 et 75 ans, travaillant ou ayant travaillé, pour le compte d'autrui, dans le secteur tertiaire et résidant dans un district dont la*

¹⁹³⁴ Sur ce point, v. not. : M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, op. cit., p. 68 ; M. Retuerto Buades, « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », op. cit., p. 11.

¹⁹³⁵ En ce sens, v. H. Wuyts, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos, celebrada en Madrid, 24 y 25 de abril de 2002*, op. cit., pp. 188-189.

¹⁹³⁶ R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », op. cit., p. 685.

¹⁹³⁷ Comme le rappelle Patrice Verrier, « *en règle générale les litiges qui sont soumis à la juridiction des ombudsmen trouvent leur solution au bout de quelques mois, rarement plus* » (P. Verrier, « Le Médiateur », op. cit., p. 950). En atteste le Rapport d'activité du *Provedor de Justiça* pour l'année 2010. Ce dernier indique que sur un total de 6790 affaires résolues en 2010, 5032 l'ont été en moins de 6 mois, dont 2111 en moins d'un mois (*Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República 2010*, Lisboa, 2011, p. 33).

¹⁹³⁸ Sur cette question, v. not. P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit., p. 52.

¹⁹³⁹ J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », op. cit., p. 497.

¹⁹⁴⁰ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, op. cit., p. 5.

"capitale" est l'une des cinq villes les plus développées du pays »¹⁹⁴¹. Dans un sens similaire, une étude réalisée par Manuel Meirinho Martins et Jorge de Sá en 2005 souligne que, parmi les personnes s'adressant au *Provedor de Justiça*, 89,8% occupent ou ont occupé un emploi et 58,9% ont effectué des études secondaires ou supérieures¹⁹⁴².

784. Plus accessible que le juge en raison de la souplesse de ses modalités de saisine et d'intervention, l'*human rights ombudsman* présente, de surcroît, l'avantage d'inspirer la confiance du citoyen.

b. Une institution inspirant confiance

785. A la différence du procès, dont la perception négative dans l'imaginaire collectif implique un rejet chez bon nombre de justiciables, l'ombudsman, en tant qu'institution au service et à l'écoute du citoyen¹⁹⁴³, s'apparente à une voie de recours suscitant une certaine confiance au sein de la population¹⁹⁴⁴. Il faut dire que l'ombudsman revêt un degré de progressisme lui conférant une grande estime sociale¹⁹⁴⁵. En témoignent les appellations retenues par la France et les pays ibériques pour désigner l'institution. Qu'il s'agisse des expressions de « Défenseur des droits », de « *Provedor de Justiça* », et plus encore de « Défenseur du Peuple », l'accent est clairement mis sur la volonté de protéger l'individu face à la puissance étatique. De telles dénominations, qui détonnent considérablement par rapport à celles dont se trouvent revêtus certains organes juridictionnels¹⁹⁴⁶, ne peuvent qu'inspirer la confiance des citoyens¹⁹⁴⁷. De même, la nature unipersonnelle de l'institution, la simplicité d'accès à son prétoire ou, encore, « l'élimination des intermédiaires »¹⁹⁴⁸, notamment des avocats¹⁹⁴⁹, sont autant d'éléments favorables à l'instauration d'une relation de proximité

¹⁹⁴¹ Rapporté par L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 729.

¹⁹⁴² M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁹⁴³ Sur ce point, v. Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁴⁴ A ce titre, l'ancien juge à la Cour suprême administrative de Suède, Holmgren, écrit : « C'est un fait que l'homme de la rue souvent s'adresse à l'ombudsman avec beaucoup plus de confiance et d'espoir qu'il ne le ferait s'il s'agissait pour lui de saisir les supérieurs hiérarchiques ou une juridiction, ceci étant dit sans vouloir sous-estimer la confiance qu'inspirent les services publics de l'Etat » (« La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman », *op. cit.*, p. 73-74.

¹⁹⁴⁵ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 19. Dans un sens similaire, v. L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 720.

¹⁹⁴⁶ Il suffit de songer au Conseil d'Etat français, dont la seule appellation ne permet guère au profane de présager qu'il s'agit là d'une institution œuvrant en faveur de la protection des droits et libertés.

¹⁹⁴⁷ A cet égard, le professeur Walter Gellhorn, « après avoir longuement étudié les points de vue des différentes catégories sociales suédoises sur l'Ombudsman, [...] conclut non sans ironie que ce personnage est devenu une sorte de "symbole du père", selon la terminologie de la psychologie du subconscient » (rapporté par K. Holmgren, « La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman », *op. cit.*, p. 73).

¹⁹⁴⁸ P. Garant, « Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie) », *op. cit.*, p. 242.

¹⁹⁴⁹ Sur ce dernier point, le professeur François Terré ne manque pas de souligner, à propos de la procédure juridictionnelle, que « le particularisme des rites et des formules, rendant nécessaires le recours à des professionnels, aptes à servir d'intermédiaires, et au sens large du mot, d'interprètes des messages, favorise la constitution d'écrans plus ou moins opaques entre le justiciable et le juge. Sauf comparaison personnelle ordonnée par celui-ci ou nécessité d'une tentative de conciliation, il n'est pas rare, au civil, que le plaideur n'estime pas nécessaire de se déranger. Son absentéisme peut être, suivant les circonstances, effet ou cause d'un accroissement de la distance qui perpétue, dans le cours de la procédure, par les soins des auxiliaires des

entre le citoyen et l'ombudsman¹⁹⁵⁰. Parce qu'il « *parvient à personnaliser l'affaire mieux que le juge* »¹⁹⁵¹, l'ombudsman se révèle incontestablement plus proche du réclamant que ne le sont les tribunaux. Pour reprendre les propos d'Antonio Rovira Viñas, « *l'ombudsman est celui qui écoute le bruit de la rue* »¹⁹⁵², il se présente comme une oreille disposée à entendre les problèmes que lui expose le citoyen¹⁹⁵³, comme l'« *avocat des humbles face au pouvoir administratif* »¹⁹⁵⁴.

786. Cette proximité se veut d'autant plus forte que les aspirations du citoyen se reflètent davantage dans l'activité de l'ombudsman que dans les plaidoiries des avocats et les décisions de justice¹⁹⁵⁵. En ce sens, le professeur Charles Jarrosson souligne que « *la complexité du droit entraîne la confiscation du litige au profit des juristes, qui en font leur "chose", exprimée en termes juridiques, et à laquelle, pour cette raison, les parties se sentent étrangères malgré elles. Le médiateur, par son action, ses explications, peut restituer aux parties un rôle qu'elles avaient perdu dans le procès classique : sujets passifs dans le dialogue juridique, elles redeviennent sujets actifs autour du médiateur. La présence de ce dernier est la garantie qu'elles ne seront pas livrées à elles-mêmes* »¹⁹⁵⁶. De plus, l'*human rights ombudsman* suppose une certaine désacralisation du conflit¹⁹⁵⁷. Contrairement à l'action contentieuse qui conduit, le temps que justice soit rendue, à cristalliser le conflit, l'ombudsman, en tant qu'il participe d'une recherche de déjudiciarisation des litiges, c'est-à-dire de résolution consensuelle des différends qui se nouent entre les particuliers et les pouvoirs publics¹⁹⁵⁸, est perçu, par le citoyen, comme un protecteur à visage humain¹⁹⁵⁹.

787. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère de surpris de constater que l'ombudsman compte parmi les institutions les mieux acceptées par l'opinion publique¹⁹⁶⁰. En Espagne, par exemple, le niveau de confiance des citoyens dans le Défenseur du Peuple oscille, depuis 1994, entre 5 et 6 points sur un indice de 0 (méfiance absolue) à 10 (confiance

parties, un éloignement en lui-même significatif » (« Esquisse d'une sociologie du procès », *op. cit.*, pp. 277-278).

¹⁹⁵⁰ Sur ces questions, v. par ex. : P. Carballo Armas, *op. cit.*, p. 54 ; H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », in *Democracia e Direitos Humanos no século XXI*, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹⁹⁵¹ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁹⁵² A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁵³ En ce sens, v. Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *op. cit.*, p. 823.

¹⁹⁵⁴ Médiateur de la République, *Rapport annuel 1976*, p. 45.

¹⁹⁵⁵ G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁹⁵⁶ Ch. Jarrosson, « Le médiateur : questions fondamentales », *op. cit.*, p. 20.

¹⁹⁵⁷ Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁹⁵⁸ En ce sens, v. D. Jacoby et P. Robardet, « Le Protecteur du citoyen du Québec comme agent de changement », *op. cit.*, p. 617.

¹⁹⁵⁹ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁶⁰ En ce sens, v. en part. : H. Oehling Ruiz, « El Defensor del Pueblo : algunos problemans de su adaptación orgánico-funcional », *op. cit.*, p. 94 ; M. Retuerto Buades, « Le médiateur de l'Espagne », *op. cit.*, p. 43 ; « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *op. cit.*, p. 8 ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 12.

absolue)¹⁹⁶¹. A première vue faible, un tel degré de confiance se révèle, en réalité, nettement supérieur à celui dont jouissent les autres institutions publiques espagnoles. Une série d'enquêtes menées par le Centre de recherches sociologiques espagnol, entre 1994 et 2006, donnent effectivement l'occasion d'observer que le Défenseur du Peuple est l'institution qui inspire la plus grande confiance, largement devant le Parlement, le Tribunal constitutionnel et le Conseil général du pouvoir judiciaire¹⁹⁶².

788. Présentant le double avantage de proposer des modalités d'accès particulièrement attractives et d'inspirer une grande confiance chez les citoyens, l'ombudsman se définit en raison d'une accessibilité incontestablement supérieure à celle du juge. Favorable à l'appropriation des droits et libertés constitutionnellement consacrés par le citoyen¹⁹⁶³, ce haut degré d'accessibilité se trouve confirmé, en pratique, par le nombre extrêmement élevé de plaintes enregistrées chaque année par l'institution¹⁹⁶⁴. Si d'aventure les citoyens renoncent à s'adresser à l'ombudsman, l'institution présente un autre avantage de taille par rapport au juge qui réside dans sa capacité d'action d'office. En cela, la protection offerte par l'ombudsman se veut nécessairement moins aléatoire que celle du juge dans sa mise en œuvre.

2. Le complément bienvenu de l'action d'office

789. Se justifiant à l'aune de la mission de défense objective des droits fondamentaux poursuivie par l'institution¹⁹⁶⁵, la faculté d'action d'office dont jouit l'*human rights ombudsman* permet au titulaire de la fonction d'intervenir afin de faire cesser une atteinte portée aux droits de la personne humaine quand bien même il n'a pas été saisi d'une demande en ce sens. En d'autres termes, l'ombudsman n'a pas à attendre que la personne victime d'une violation de ses droits et libertés lui adresse une plainte pour agir. Il suffit que l'existence du problème soit connue pour que l'investigation ait lieu¹⁹⁶⁶. Sans nul doute faut-il voir là un atout de taille par rapport à la garantie juridictionnelle. Inerte de sa nature, le juge, tel qu'il a été souligné, ne peut opérer son contrôle qu'à la condition d'être préalablement saisi d'une demande en ce sens par le justiciable. Il s'ensuit que, dès l'instant où le justiciable renonce à exercer son droit à un recours juridictionnel, le contrôle du juge ne peut avoir lieu et la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux se trouve réduite à néant.

¹⁹⁶¹ Sur ce point, v. F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁶² *Ibid.*, pp. 30-31. Cette grande confiance dans l'institution de l'ombudsman n'est pas propre à l'Espagne, elle se vérifie également au Portugal (sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004), op. cit.*, pp. 131-132).

¹⁹⁶³ En ce sens, v. F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *op. cit.*, p. 35.

¹⁹⁶⁴ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se reporter aux annexes 5 et 6.

¹⁹⁶⁵ A ce titre, le professeur Catherine Teitgen-Colly souligne que « le Défenseur dispose d'un pouvoir d'autosaisine qui est une condition nécessaire à sa mission de défense objective des droits et libertés » (« Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125).

¹⁹⁶⁶ En ce sens, v. L. Feltrer Rambaud, « Artículo 9 », *op. cit.*, p. 225.

790. L'ombudsman, au contraire, peut « [...] intervenir même si, pour quelques raisons que ce soit – compromis, voire pressions –, le réclamant se désiste »¹⁹⁶⁷. Aussi est-il en mesure de proposer une protection de type systématique¹⁹⁶⁸. Particulièrement efficace pour protéger le « citoyen indifférent, nonchalant ou timoré, renonçant à se plaindre de ce que la règle de droit a été méconnue à son encontre »¹⁹⁶⁹, cette faculté d'action d'office se révèle, par ailleurs, une arme précieuse pour garantir l'effectivité des droits et libertés des publics en situation de précarité ou d'exclusion. Parfois réticentes à s'adresser aux institutions publiques, y compris celles spécialement aménagées pour la protection des droits fondamentaux, ces catégories de personnes n'ont, au surplus, pas toujours connaissance de la voie de recours que constitue l'ombudsman¹⁹⁷⁰. Ce faisant, la possibilité donnée à l'institution de se saisir d'office permet, du moins en théorie¹⁹⁷¹, de pallier le risque de passivité des plus vulnérables¹⁹⁷². En ce sens, elle étaye la thèse selon laquelle l'ombudsman spécialisé « participe à la définition d'une politique des droits, entendue comme politique ayant pour objet la défense des droits de certaines catégories de population socialement marginalisées »¹⁹⁷³.

791. En définitive, la protection offerte par l'ombudsman s'avère indiscutablement moins aléatoire que celle du juge dans sa mise en oeuvre. La conjonction de deux facteurs que sont, d'une part, une accessibilité supérieure à celle du juge, d'autre part, la capacité d'action d'office, permet de garantir, du moins en théorie, une intervention « quasi-systématique » de l'institution en cas d'atteinte portée aux droits fondamentaux. Moins aléatoire que la garantie juridictionnelle dans sa mise en oeuvre, la protection offerte par l'ombudsman spécialisé complète également l'action du juge du point de vue de ses modalités d'exercice.

B. Une protection distincte de la garantie juridictionnelle dans ses modalités d'exercice

792. Lorsque le juge a été saisi et s'est déclaré compétent pour connaître d'un recours, l'efficacité de son contrôle n'est pas pour autant assurée. Consistant dans l'annulation des mesures portant atteintes aux droits fondamentaux, ce contrôle, essentiellement curatif, souffre non seulement de son inadaptation à certaines exigences des droits de la personne humaine, mais également de défaillances préjudiciant à son effectivité. Sur ce point, l'*human*

¹⁹⁶⁷ L. Cluzel-Metayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 455.

¹⁹⁶⁸ L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, pp. 124.

¹⁹⁶⁹ Y. Rodríguez, « "Le Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *op. cit.*, p. 1232.

¹⁹⁷⁰ Sur cette question, v. *infra*, n° 1366-1368.

¹⁹⁷¹ Dans la pratique, cette capacité de l'institution à pallier l'immobilisme du citoyen par le biais de sa prérogative d'action d'office se doit toutefois d'être relativisée. Sans anticiper sur les développements à venir, il convient effectivement de préciser que le nombre particulièrement élevé de plaintes adressées à l'ombudsman conduit ce dernier à reléguer son activité d'action d'office au second plan, l'essentiel de son activité étant consacré au traitement des réclamations que lui adressent les particuliers (en ce sens, v. l'annexe 5).

¹⁹⁷² En ce sens, v. par ex. : F. López de Foronda Vargas, « Los defensores del pueblo y la selección de personal en las administraciones públicas », in *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, Oñati, 1997, p. 161.

¹⁹⁷³ A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 14. Dans un sens similaire, v. M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, p. 132.

rights ombudsman offre des perspectives de complémentarité intéressantes. Plus étendu que celui du juge, puisque dépassant la seule fonction corrective des atteintes portées aux droits fondamentaux (1), son contrôle se révèle, de surcroît, distinct de celui opéré par le juge dans la mesure où, lorsqu'il intervient pour faire cesser une violation d'un droit fondamental, l'ombudsman le fait selon des modalités différentes de celles du juge (2).

1. Une protection plus étendue que le juge : le dépassement du seul contrôle correctif

793. De portée essentiellement corrective, le contrôle opéré par le juge présente deux limites de tailles : d'une part, son incapacité à prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux, d'autre part, sa difficulté à assurer la concrétisation des normes de droits fondamentaux dont l'effectivité est soumise à l'*interpositio legislatoris*, en tête desquels se placent les droits-créances¹⁹⁷⁴. Face à de telles insuffisances, l'*human rights ombudsman* se révèle en mesure d'apporter des solutions intéressantes. Loin de limiter son activité à la résolution des litiges individuels et, par conséquent, à la correction des atteintes portées aux droits fondamentaux¹⁹⁷⁵, ce dernier est également susceptible d'agir en profondeur sur le système constitutionnel des droits et libertés. Incarnant « *la dialectique entre intérêt individuel et général* »¹⁹⁷⁶, cette capacité à dépasser la seule fonction corrective des atteintes portées aux droits fondamentaux est, bien entendue, intimement liée à l'essence même de l'institution. Poursuivant une mission de défense objective des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé ne saurait voir son périmètre d'action réduit au seul traitement des réclamations qui lui sont adressées. L'évaluation critique de la législation, tout autant que le règlement amiable des litiges d'ordre individuel ou collectif, relève de la mission de l'institution¹⁹⁷⁷. Evidemment, ces deux modes d'action s'avèrent étroitement liés¹⁹⁷⁸. La résolution des litiges individuels ou collectifs conduisant l'ombudsman, par le biais d'un processus d'objectivisation des plaintes qui lui sont adressées¹⁹⁷⁹, à tirer des enseignements généraux sur l'« état de santé » des droits et libertés.

794. Quoi qu'il en soit, il relève de l'office de l'institution de pointer du doigt les dangers, les carences et les contradictions que le système et l'ordonnement juridique produisent ou

¹⁹⁷⁴ Sur ces questions, v. *supra*, n° 323 et ss.

¹⁹⁷⁵ Dès lors que les réclamations adressées par les citoyens à l'ombudsman spécialisé ont généralement pour objet la dénonciation d'atteintes portées aux droits fondamentaux, un lien étroit peut effectivement être établi entre la résolution des litiges individuels et la fonction curative prise en charge par l'institution.

¹⁹⁷⁶ R. Bousta, « Contribution à une définition de l'ombudsman », *op. cit.*, p. 396. Dans un sens identique, v. M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 162 et 163 ; V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 627.

¹⁹⁷⁷ H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁷⁸ Sur ce point, v. not. : R. Bousta, *op. cit.*, p. 396 ; M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, *op. cit.*, p. 120 ; Á. Gil Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 89 ; *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, *op. cit.*, p. 44 ; R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 513.

¹⁹⁷⁹ En ce sens, v. F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España*, *op. cit.*, p. 81.

autorisent. Faisant ainsi écho aux préconisations de Clinias¹⁹⁸⁰, personnage mis en scène par Platon à travers son dernier dialogue, *Les lois*, l'ombudsman spécialisé se propose d'adopter une posture critique vis-à-vis de l'activité des autorités normatives afin de dénoncer chaque point qui se révèle déficient, inadapté, perfectible¹⁹⁸¹. Facilité par la palette des modes d'intervention de l'institution, qui lui permet de jouer sur plusieurs registres¹⁹⁸², ce dépassement de la seule fonction correctrice des atteintes portées aux droits fondamentaux s'exprime sur le triple terrain de la prévention des menaces pesant sur les droits fondamentaux (a), de l'encouragement de la concrétisation des normes de droits fondamentaux (b) et de la modernisation du système constitutionnel des droits fondamentaux (c).

a. La faculté de prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux

795. « *L'action préventive, visant par exemple à traiter à la source les menaces qui pèsent sur les droits et libertés, est encore la meilleure garantie d'effectivité ! Encore faut-il qu'elle soit possible* »¹⁹⁸³. Pour ainsi dire hors de portée du juge, cette modalité de protection des droits fondamentaux, saluée par le professeur Jean-Louis Autin, est, en revanche, susceptible d'être prise en charge par l'*human rights ombudsman*¹⁹⁸⁴. En effet, outre que la rapidité d'action de l'institution lui permet d'intervenir avant que l'atteinte portée aux droits et libertés ne soit définitivement consommée, l'ombudsman spécialisé, ne serait-ce que par sa présence, se révèle en mesure de dissuader les pouvoirs publics d'agir en contrariété avec les droits de la personne humaine. Le simple fait pour l'administration de savoir que les administrés disposent d'une voie de recours facile d'accès l'oblige à orienter sa conduite en conformité avec ce que prescrivent les normes de droits fondamentaux¹⁹⁸⁵. Sans oublier la crainte éprouvée par les débiteurs des droits fondamentaux de voir leur nom figurer dans les rapports d'activité ou les rapports spéciaux publiés par l'institution. L'apparence occupant une place centrale au sein des sociétés médiatiques contemporaines¹⁹⁸⁶, les institutions publiques, les entreprises privées mais, également, les individus prennent soin de se présenter aux autres revêtus d'une bonne image. Telle une épée de Damoclès, la faculté de l'ombudsman de rendre publique l'identité des fonctionnaires fautifs constitue, par conséquent, un facteur hautement

¹⁹⁸⁰ En opposition avec l'Athénien au sujet des finalités poursuivies par le législateur, Clinias préconise à ce dernier : « *Ne te retiens donc vraiment pas d'incriminer nos lois ; car il n'y a rien de déshonorant à reconnaître que quelque chose est un mal ; il arrive au contraire qu'une guérison s'ensuive, pour qui accueille ce qu'on lui dit non pas dans un esprit de dénigrement, mais avec bienveillance* » (Platon, *Les lois*, éd. établie par A. Castel-Bouchouchi, Folio Essais, Gallimard, 1997, p. 111).

¹⁹⁸¹ Sur ces questions, v. Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁹⁸² E. Matutano, « Le Défenseur des droits », *Jurisclasseur administratif*, fasc. n° 77, décembre 2011, p. 2.

¹⁹⁸³ J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *op. cit.*, pp. 1219-1220.

¹⁹⁸⁴ A ce titre, Amanda Dezallai ne manque pas de faire remarquer que « *le pouvoir de prévention est un des avantages du Défenseur par rapport au juge administratif* » (« Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932).

¹⁹⁸⁵ En ce sens, v. M. Ruiz Cézár, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2479.

¹⁹⁸⁶ Pierre Rosanvallon écrit à ce sujet : « *le regard d'autrui est devenu la puissance commandante. Il y a une même vision des effets destructeurs du discrédit, une même obsession d'éviter le blâme et la honte, dans les relations entre individus comme entre les nations* » (*La contre-démocratie*, Editions du Seuil, 2006, pp. 54-55).

dissuasif conduisant les débiteurs à modifier leurs comportements dans un sens favorable au respect des droits et libertés¹⁹⁸⁷.

796. Surtout, l'ombudsman dispose des moyens de développer, de sa propre initiative, une politique de prévention des menaces pesant sur les droits et libertés. Mise en évidence par la doctrine ibérique¹⁹⁸⁸, cette faculté d'intervention en amont de la violation des droits fondamentaux, explicitement consacrée par l'article 23-1 de la Constitution portugaise de 1976¹⁹⁸⁹, est rendue possible en raison de deux facteurs cumulatifs : d'une part, la position privilégiée dont bénéficie l'ombudsman pour détecter les menaces qui pèsent sur les droits et libertés et, d'autre part, la capacité de l'institution d'empêcher la réalisation de ces menaces, spécialement par le recours à son pouvoir de recommandation.

797. Une vertu de détection des menaces pesant sur les droits fondamentaux. Observateur privilégié de l'ordonnement juridique, l'*human rights ombudsman* peut se prévaloir d'un statut particulièrement adapté à l'identification des menaces pesant sur les droits fondamentaux. En pratique, principalement deux procédés lui permettent d'accomplir cette tâche : l'analyse systémique des plaintes qui lui sont adressées et les visites d'inspection au sein des entités soumises à son contrôle.

798. L'analyse systémique des plaintes consiste pour le représentant de l'institution à opérer, sur la base des réclamations qu'il reçoit, une typologie des illégalités ou des irrégularités détectées à l'occasion de l'instruction de chaque plainte¹⁹⁹⁰. Illustration du processus d'objectivisation des plaintes adressées à l'institution, cette « *classification horizontale* »¹⁹⁹¹ des réclamations par types de problèmes permet non seulement à l'ombudsman d'identifier les hypothèses d'atteintes répétées aux droits et libertés, mais également d'en déceler les causes les plus profondes et, ce faisant, d'empêcher la réalisation d'atteintes identiques à l'avenir. En somme, « *la répétition des préjudices et donc de plaintes générées par le même "mal" amène l'Ombudsman, par un processus de généralisation* »¹⁹⁹², à anticiper la commission d'atteintes similaires dans le futur.

799. Ce premier procédé d'identification des menaces pesant sur les droits fondamentaux se trouve renforcé par la possibilité donnée à l'institution d'effectuer des visites d'inspection,

¹⁹⁸⁷ Sur ces questions, v. A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, op. cit., p. 137.

¹⁹⁸⁸ Sur ce point, v. spéc. : H. Nascimento Rodrigues, « A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça », in *Democracia e direitos humanos no Séc. XXI*, op. cit., p. 69 ; R. Ribó, « A função do ombudsman : prevenção e reparação das acções ou omissões ilegais dos poderes públicos face aos cidadãos. A prevenção e reparação de injustiças », in *Provedor de Justiça. O garante dos direitos fundamentais*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, Lisboa, 2010, p. 49.

¹⁹⁸⁹ Aux termes de cette disposition, le *Provedor de Justiça*, tel que souligné précédemment, « *examine les réclamations et adresse aux organes compétents les recommandations nécessaires pour prévenir et réparer les injustices* ».

¹⁹⁹⁰ H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », op. cit., p. 75.

¹⁹⁹¹ M. le Clainche, « Une institution au service de l'équité. Le Médiateur de la République », *Les Cahiers de la fonction publique*, oct. 1987, p. 19.

¹⁹⁹² R. Bousta, « Contribution à une définition de l'ombudsman », op. cit., p. 396.

notamment inopinées, dans n'importe quel secteur de l'administration ou au sein de toute entité soumise à son contrôle. Rendues possibles par la faculté d'action d'office de l'institution¹⁹⁹³, de telles visites, dont l'utilité est manifeste s'agissant des structures présentant un déficit de transparence, en tête desquelles les lieux privatifs de libertés¹⁹⁹⁴, sont l'occasion pour l'ombudsman de détecter certains dysfonctionnements et anomalies dont la persistance est susceptible, à terme, de préjudicier aux droits et libertés des usagers du service. Une illustration concrète est fournie par le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2008. Observant, à l'occasion de la visite du centre de rétention de Barranco Seco, situé sur les Îles Canaries, que certains étrangers, arrêtés à Ténérife, avaient leurs vêtements marqués d'un numéro d'identification, le Défenseur n'a pas hésité à faire savoir sa ferme opposition à une telle pratique, eu égard à son caractère potentiellement attentatoire à la dignité humaine¹⁹⁹⁵.

800. Jouissant d'une position privilégiée afin de détecter les menaces pesant sur les droits fondamentaux, l'ombudsman spécialisé se révèle, de surcroît, en mesure d'empêcher la concrétisation de ces menaces.

801. Une vertu d'empêchement de la réalisation des menaces pesant sur les droits fondamentaux. Quel que soit le moyen par lequel l'ombudsman parvient à identifier les menaces pesant sur les droits fondamentaux, la technique pour empêcher leur réalisation est toujours la même. Elle consiste à adresser des recommandations aux principaux responsables afin que ces derniers prennent les mesures de nature à en supprimer les causes¹⁹⁹⁶. Recommandations dont la teneur varie sensiblement selon que la menace constatée trouve sa source dans une disposition normative ou dans le dysfonctionnement d'un service, administratif ou autre. Dans la première hypothèse, elles prendront la forme d'une suggestion de réforme législative ou réglementaire visant à ce que les autorités normatives purgent l'ordonnement juridique de la règle de droit potentiellement attentatoire aux droits de la personne humaine. Dans la seconde hypothèse, elles consisteront à proposer au service défectueux des solutions de nature à améliorer ses modalités de fonctionnement.

802. De façon plus immédiate, l'ombudsman peut, cependant, se contenter, dans un premier temps, de suggérer aux pouvoirs publics de ne pas réitérer, à l'avenir, un acte ou un comportement illégal¹⁹⁹⁷, pour chercher, dans un second temps, à influencer plus directement sur les causes de cette illégalité. Sur ce dernier point, l'article 28-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple, en tant qu'il autorise l'institution espagnole à suggérer la modification des critères employés par l'administration dans l'élaboration des actes administratifs, peut se

¹⁹⁹³ En ce sens, v. : Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *R.F.A.P.*, 2011, p. 484 ; H. Nascimento Rodrigues, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁹⁴ Sur ce point, v. J.M. de Palacio Valle-Lersundi, « Artículo 19 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 499.

¹⁹⁹⁵ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates a las Cortes Generales*, Madrid, 2008, p. 1021.

¹⁹⁹⁶ En ce sens, v. : B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 36 ; *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁹⁷ H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 76.

révéler d'une aide précieuse. Il permet au Défenseur du Peuple, lorsqu'il observe que les actes adoptés par un service administratif déterminé se trouvent à l'origine d'atteintes récurrentes aux droits et libertés, de proposer audit service de revoir les modalités procédurales de son activité normative. Un exemple, parmi d'autres, est donné par le rapport annuel d'activité de l'institution pour l'année 2000. Constatant que la pratique du conseil municipal de Guadalupe, consistant à prendre en considération, en matière de recrutement du personnel, des critères économiques et sociaux pour départager les postulants, était incompatible avec les principes d'égalité, de mérite et de capacité, le Défenseur du Peuple a recommandé au conseil municipal l'abandon de ces critères de sélection¹⁹⁹⁸.

803. Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que la recommandation constitue le mode d'intervention privilégiée par l'*human rights ombudsman* en vue d'empêcher la réalisation des menaces pesant sur les droits fondamentaux. A ce titre, gageons que les recommandations adressées à la suite d'une visite d'inspection poursuivent une fonction préventive autrement plus ambitieuse que celles adoptées dans le cadre du processus d'analyse des réclamations individuelles. Dans ce dernier cas, les recommandations ont pour seule finalité d'éviter que des atteintes similaires à celles identifiées à travers les plaintes ne se reproduisent à l'avenir. En d'autres termes, l'objectif poursuivi par l'ombudsman est seulement d'empêcher la répétition de violations qui se sont déjà produites et dont certaines personnes ont subi les conséquences. De sorte que la prévention demeure somme toute relativement limitée.

804. Les recommandations adressées dans le cadre de visites d'inspection supposent, en revanche, une intervention en amont des violations, par définition, plus efficace. Présentant, selon les termes mêmes de l'ancien *Provedor de Justiça* Henrique Nascimento Rodrigues, une portée davantage proactive que réactive¹⁹⁹⁹, de telles recommandations ont vocation à remédier aux menaces identifiées avant même qu'une atteinte ait été portée aux droits fondamentaux. A cet égard, l'article 32-2 de la loi organique relative au Défenseur des droits, selon lequel l'institution française peut être consultée par le Premier ministre sur tout projet de loi intervenant dans son champ de compétence, procède d'une philosophie similaire dans la mesure où elle implique une intervention du Défenseur avant que l'acte n'ait été adopté et, ce faisant, avant que toute violation des droits et libertés n'ait pu avoir lieu.

805. Pour en terminer avec ces questions, il convient de souligner que, plus largement, l'action préventive poursuivie par l'ombudsman spécialisé est également susceptible de s'exprimer à travers la capacité de l'institution à développer une fonction pédagogique de sensibilisation des pouvoirs publics et des particuliers au respect des valeurs défendues par les droits fondamentaux. Par le biais de ses recommandations et de ses rapports, annuels ou spéciaux, l'ombudsman peut contribuer à la diffusion d'une culture des droits fondamentaux au sein de la sphère civile et étatique²⁰⁰⁰ et inculquer aux pouvoirs publics, en tête desquels

¹⁹⁹⁸ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, p. 414.

¹⁹⁹⁹ H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 71.

l'administration, des règles de bonne conduite administrative²⁰⁰¹, par définition favorables à la prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Car on peut légitimement espérer que les risques de violations des droits fondamentaux s'amenuisent à mesure que la société est éduquée aux valeurs qu'ils véhiculent.

b. La faculté d'encourager la concrétisation des droits-créances

806. Loin d'être indifférent à la problématique des droits-sociaux créances, le juge n'est cependant pas toujours le mieux placé pour garantir l'effectivité de cette catégorie de droits qui, en raison de sa nature prestataire, exige une intervention positive des pouvoirs publics pour donner naissance à de véritables droits subjectifs. Largement impuissant, du moins en France et en Espagne, pour faire face aux hypothèses d'omissions législatives totales, le juge rencontre, au surplus, des difficultés pour contraindre l'administration à remédier aux carences affectant les services publics de prestations dont elle a la charge²⁰⁰². A l'inverse, l'*human rights ombudsman* se montre capable, eu égard à sa configuration institutionnelle atypique, d'encourager la concrétisation des droits-créances et, partant, de contribuer activement à l'implantation de l'Etat social²⁰⁰³.

807. Cette aptitude de l'ombudsman à encourager le développement des normes constitutionnelles de nature prestataire, qui n'a pas échappé à la doctrine ibérique²⁰⁰⁴, trouve, de l'autre côté des Pyrénées, un fondement particulièrement solide à travers les dispositions de l'article 23-1 de la Constitution portugaise et, dans une moindre mesure, celles de l'article 23 de la loi organique du Défenseur du Peuple qui attribuent à l'institution une compétence explicite pour connaître des omissions des pouvoirs publics²⁰⁰⁵. En Espagne, une telle faculté se trouve, de surcroît, renforcée par la capacité dont jouit le Défenseur, aux termes de l'article 9-1 de la loi organique du 6 avril 1981, de contrôler l'action de l'administration à la lumière des dispositions de l'article 103-1 de la Constitution. A savoir que parmi les différents

²⁰⁰¹ En ce sens, v. R. Ribó, « A função do ombudsman : prevenção e reparação das acções ou omissões ilegais dos poderes públicos face aos cidadãos. A prevenção e reparação de injustiças », *op. cit.*, pp. 54-55.

²⁰⁰² Sur ces questions, v. *supra*, n° 343.

²⁰⁰³ Evidemment, cette faculté dont jouit l'*human rights ombudsman* d'encourager la concrétisation des normes de droits fondamentaux n'intéresse pas les seuls droits-créances puisque, tel qu'il a été souligné, l'effectivité des droits-libertés classiques se trouve également conditionnée par l'adoption de mesures positives de la part des pouvoirs publics. Pour autant, on ne saurait nier qu'elle s'exprime avec une acuité particulière s'agissant des droits de nature prestataire dans la mesure où, sans leur développement normatif et la mise en place de services publics de prestations, ces derniers se trouvent réduits au rang de simples déclarations d'intentions. A ce propos, il est intéressant de constater que la thèse de doctorat de María José Corchete Martín, consacrée à la protection des droits par le Défenseur du Peuple, s'attache essentiellement à démontrer la place centrale susceptible d'être occupée par l'institution espagnole dans le cadre de la protection des principes directeurs de la politique économique et sociale (*El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*).

²⁰⁰⁴ En ce sens, v. en part. : M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, pp. 137 et ss. spéc. ; C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 21 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 708 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, pp. 62 et ss. ; M. Ruiz Cézár, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2469.

²⁰⁰⁵ L'article 23 de la loi organique du Défenseur du Peuple dispose que « lorsque les opérations réalisées révèlent que la plainte a pour origine [...] une omission de la part d'un fonctionnaire, le Défenseur peut s'adresser à l'intéressé et lui communiquer son avis à cet égard ».

principes consacrés par l'article 103-1 figure le principe d'efficacité de l'action administrative, en lien direct avec la clause constitutionnelle de l'Etat social²⁰⁰⁶. Postulant que les résultats de l'action administrative doivent atteindre un degré d'utilité et de rendement maximal²⁰⁰⁷, cet impératif d'efficacité exige, en effet, que l'administration oriente son activité dans un sens favorable à la concrétisation de l'Etat social et permet, de ce fait, au Défenseur du Peuple d'opérer un contrôle étroit sur le niveau de développement des services publics de prestations²⁰⁰⁸. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le Défenseur du Peuple²⁰⁰⁹ et le *Provedor de Justiça*²⁰¹⁰ considèrent que l'ombudsman spécialisé a un rôle spécifique à jouer dans le processus de concrétisation des normes de droits fondamentaux, en particulier celles intéressant les droits économiques et sociaux.

808. Facilitée par la capacité d'action d'office de l'institution, cette faculté de remédier à l'inertie des pouvoirs publics est avant tout rendue possible par la vocation de l'*human rights ombudsman* à détecter les insuffisances et les carences affectant l'ordonnement juridique. A cet égard, le procédé d'analyse systémique des plaintes, dans la mesure où il permet de dresser un état des lieux critique du degré de concrétisation des normes de droits fondamentaux, joue, ici également, un rôle essentiel²⁰¹¹. Une fois les carences des pouvoirs publics identifiées, principalement deux voies se présentent à l'institution pour y remédier : la saisine de la juridiction constitutionnelle et le recours au mécanisme des recommandations à finalité normative. Etant entendu que, dans ces deux hypothèses, l'intensité de la fonction de concrétisation des normes de droits fondamentaux proposée par l'ombudsman varie sensiblement d'un pays à l'autre.

809. Illustration, parmi d'autres, de l'étroite collaboration qui peut exister entre l'ombudsman et le juge en matière de protection des droits de la personne humaine²⁰¹², la saisine de la juridiction constitutionnelle en vue de remédier aux omissions des autorités normatives offre, de toute évidence, des perspectives sensiblement plus importantes au Portugal qu'en Espagne et en France. Dès lors que le recours en inconstitutionnalité par omission portugais donne la possibilité au Tribunal constitutionnel de constater l'absence de loi de nature à rendre exigible une norme constitutionnelle, le *Provedor de Justiça*, en tant qu'autorité de saisine dans le cadre d'un tel recours, jouit de la faculté de dénoncer les omissions législatives totales devant la juridiction constitutionnelle. Rien de tel en Espagne et en France où la légitimité active de l'ombudsman en matière de saisine de la juridiction constitutionnelle, légitimité au demeurant hypothétique s'agissant du Défenseur des droits, permet seulement de remédier aux hypothèses d'omissions législatives partielles. Qu'il

²⁰⁰⁶ En ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁰⁷ L. Parejo Alfonso, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 145.

²⁰⁰⁸ Sur ce point, v. not. J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2678.

²⁰⁰⁹ V. par ex. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 14.

²⁰¹⁰ V. not. H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 9.

²⁰¹¹ En ce sens, v. M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, p. 163.

²⁰¹² Sur ce point, v. *infra*, n° 889 et ss.

s'agisse du recours en inconstitutionnalité ou de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, le contrôle opéré par le juge, essentiellement correctif, offre comme seule possibilité à l'ombudsman de dénoncer les situations où le législateur intervient mais ne réalise pas ou mal l'exigence de concrétisation de la norme constitutionnelle.

810. Le mécanisme des recommandations à finalité normative, pour sa part, permet à l'*human rights ombudsman*, soit de suggérer aux pouvoirs publics la modification des règles de droit qui ne concrétisent pas correctement le texte constitutionnel, soit, plus directement, de proposer l'adoption *ex novo* d'une norme en cas d'absence d'intervention des autorités normatives²⁰¹³. Commune aux trois institutions objets de l'étude, cette faculté d'initiative législative indirecte s'exprime, toutefois, avec une intensité plus ou moins prononcée selon le système juridique considéré. Tandis que de l'autre côté des Pyrénées la compétence de l'ombudsman spécialisé en matière de recommandations à finalité normative lui permet de remédier aux omissions législatives ou réglementaires partielles et totales, en France, en revanche, la compétence du Défenseur des droits semble se limiter aux seules omissions partielles.

811. Ainsi, au Portugal, le *Provedor de Justiça*, en vertu de l'article 20-1.b) de son statut, peut non seulement suggérer la modification de la législation existante, mais également l'élaboration d'une nouvelle législation. Par conséquent, l'institution portugaise est susceptible d'intervenir en dehors de toute concrétisation légale préalable de la norme constitutionnelle et, ce faisant, de remédier aux hypothèses d'omissions à la fois partielles et totales. Etant toutefois entendu, ainsi que le souligne le professeur Jorge Miranda, que le *Provedor de Justiça* ne saurait, sans contredire la lettre du texte constitutionnel, user de son pouvoir de recommandation dans le but de remédier aux omissions du législateur concernant les normes constitutionnelles exclusivement programmatiques. En effet, dans la mesure où, d'une part, le principal objet du recours en inconstitutionnalité par omission est de remédier à ce type bien particulier d'omissions et, d'autre part, que l'exercice du contrôle qui en résulte se trouve, aux termes de l'article 283-1 de la Constitution, explicitement confié au Tribunal constitutionnel, le *Provedor de Justiça*, en présence d'une omission législative intéressant une norme constitutionnelle purement programmatique, n'a d'autres solutions que de saisir la juridiction constitutionnelle d'un recours en inconstitutionnalité par omission²⁰¹⁴.

812. En Espagne, l'état du droit positif apparaît, de prime abord, plus restrictif. Tandis que l'article 28-2 de la loi organique du 6 avril 1981 permet uniquement au Défenseur du Peuple de suggérer au législateur ou à l'administration des modifications normatives, l'article 30-1 de la même loi autorise l'institution à adresser des recommandations en vue de l'adoption de nouvelles mesures, mais à l'égard des seules autorités et fonctionnaires de l'administration publique. Aussi la possibilité pour le Défenseur du Peuple de suggérer la création *ex novo* d'une norme semble-t-elle limitée au seul domaine réglementaire. Pour autant, si la loi

²⁰¹³ Pour une approche approfondie de l'usage du pouvoir de recommandation de l'ombudsman en matière de concrétisation des normes de droits fondamentaux, v. spéc. M. García Álvarez et R. García López, *op. cit.*, pp. 140 et ss.

²⁰¹⁴ J. Miranda, « A inconstitucionalidade por omissão e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, pp. 52-53.

organique ne lui reconnaît pas expressément une telle faculté en matière législative, le Défenseur s'est efforcé de retenir une conception suffisamment large de son pouvoir de recommandation de manière à inclure cette possibilité. Sont ainsi assimilées à des recommandations « *l'ensemble des résolutions par le biais desquelles le Défenseur du Peuple, sur la base des principes constitutionnels, suggère à l'administration ou à l'organe législatif compétent de procéder à l'édiction d'une norme légale déterminée ou à la modification des normes existantes en raison de leur absence de conformité avec la Constitution, les pactes et traités internationaux ratifiés par l'Espagne, ou dans l'objectif de remédier à un vide législatif déterminé ou d'éviter une contradiction entre différentes normes en vigueur* »²⁰¹⁵. A cet égard, l'exposé des motifs de la loi du 31 mai 1999, relative à la prise en charge des personnes handicapées en Andalousie, donne l'occasion de constater que l'ensemble des dispositions intéressant l'emploi et le logement de cette catégorie de personnes résultent de recommandations adressées au législateur par le Défenseur du Peuple qui, à travers ses rapports d'activité précédant l'adoption de ladite loi, avait constaté l'existence d'un vide juridique en cette matière²⁰¹⁶.

813. En France, en revanche, l'article 32 de la loi organique relative au Défenseur des droits, en précisant que le Défenseur peut recommander de procéder aux modifications législatives et réglementaires qui lui paraissent utiles, ne semble pas autoriser l'institution à suggérer la création *ex novo* de normes. A s'en tenir à la lettre de la loi organique, la possibilité donnée au Défenseur des droits d'adresser des suggestions normatives se limite aux hypothèses où il existe une règle de droit ne concrétisant pas correctement les normes de droits fondamentaux. En somme, aux seules situations d'omissions normatives partielles. Susceptible d'expliquer que l'aptitude de l'*human rights ombudsman* à encourager la concrétisation des normes de droits fondamentaux n'ait guère attirée l'attention de la doctrine française, ce vide juridique gagnerait à être comblé par la pratique institutionnelle. A l'image de son homologue espagnol, le Défenseur des droits pourrait retenir une interprétation suffisamment souple de sa compétence en matière de propositions de réformes, de nature à lui permettre d'adresser des recommandations à finalité normative en l'absence d'intervention préalable des pouvoirs publics.

814. En définitive, l'*human rights ombudsman* apparaît compétent pour encourager, de façon plus ou moins prononcée selon le système juridique considéré, la concrétisation des normes de droits fondamentaux en incitant les pouvoirs publics à adopter les dispositions normatives de nature à garantir l'effectivité de ces droits. Susceptible de pallier les difficultés rencontrées par le juge pour faire face aux inerties des autorités normatives, cette faculté se révèle particulièrement propice à la matérialisation des droits-sociaux créances. Elle permet à l'ombudsman de contribuer à l'implantation de l'Etat social en suggérant aux pouvoirs publics la mise en œuvre des moyens financiers, matériels et humains nécessaires au correct

²⁰¹⁵ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1991*, p. 950, cité par M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 136.

²⁰¹⁶ Rapporté par M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : una garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, p. 156.

fonctionnement des services publics de prestations. L'ombudsman spécialisé se présente, de la sorte, comme un acteur essentiel des politiques sociales, à même de répondre aux attentes des citoyens en ce domaine²⁰¹⁷ et, plus largement, de porter une attention particulière aux publics dits fragilisés en luttant activement contre la pauvreté et l'exclusion²⁰¹⁸.

c. La faculté de promouvoir la modernisation des normes de droits fondamentaux

815. Parce que « *toutes les sociétés, même les plus progressistes, courent en permanence le danger de vivre dans la médiocrité et de s'endormir sur leurs lauriers* »²⁰¹⁹, le renouvellement des droits fondamentaux et leur adaptation aux évolutions des mentalités se présente comme une condition indispensable à la pérennité de l'Etat de droit. Dans la mesure où « *le droit est un organisme vivant lorsque la réalité change, le droit doit lui aussi changer* »²⁰²⁰. Or, le juge, pour ne pas être insensible à cette exigence de modernisation du système constitutionnel de droits fondamentaux²⁰²¹, peut, parfois, faire preuve d'un certain conservatisme²⁰²². Potentiellement hermétique à « l'air du temps », le juge n'est pas toujours à même d'intégrer dans sa jurisprudence les évolutions pourtant nécessaires à l'épanouissement des droits et libertés.

816. A l'inverse, l'ombudsman se montre, par essence, davantage perméable aux évolutions sociétales. Comme le souligne Catarina Sampaio Ventura, son importante plasticité institutionnelle et fonctionnelle lui offre une capacité, difficilement égalable, d'adaptation aux métamorphoses de la réalité sociale²⁰²³. Naturellement enclin à promouvoir l'adaptation du droit positif aux transformations de la société et des mentalités, l'institution apparaît en mesure d'œuvrer en faveur d'une actualisation permanente du système constitutionnel des droits fondamentaux et, par là-même, de répondre aux aspirations individuelles et collectives des particuliers²⁰²⁴.

817. Mise en évidence par la doctrine²⁰²⁵, cette vertu de modernisation des normes de droits fondamentaux trouve, en France et de l'autre côté des Pyrénées, un appui solide à travers les dispositions législatives et constitutionnelles intéressant l'*human rights ombudsman*. Ainsi,

²⁰¹⁷ M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, p. 160.

²⁰¹⁸ En ce sens, v. : H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 9 ; *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, *op. cit.*, p. 14.

²⁰¹⁹ C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 51.

²⁰²⁰ A. Barak, « L'exercice de la fonction jurisprudentielle vu par un juge, le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *R.F.D.C.*, 2006, p. 231.

²⁰²¹ On en veut pour preuve le mouvement jurisprudentiel, précédemment identifié, d'enrichissement régulier du catalogue des droits et fondamentaux en France et au sein de la péninsule ibérique.

²⁰²² Sur ces questions, v. *supra*, n° 384 et ss.

²⁰²³ C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 190.

²⁰²⁴ A.-E. Pérez Luño, *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, *op. cit.*, p. 137.

²⁰²⁵ En ce sens, v. par ex. : A. Dezallai, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932 ; C. Giner de Grado, *op. cit.*, p. 51 ; P. Legatte, « Le Médiateur de la République. Situation actuelle », *op. cit.*, p. 434 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 127.

sur la péninsule ibérique, l'article 1-1 du statut du *Provedor* confie à l'institution portugaise une « *fonction principale de défense et de promotion des droits, libertés et garanties et des intérêts légitimes des citoyens* », tandis que l'article 9-2 de la Constitution espagnole précise qu'il incombe aux pouvoirs publics et, dès lors, au Défenseur du Peuple, de promouvoir les conditions de nature à rendre réelles et effectives la liberté et l'égalité de l'individu et, surtout, de supprimer les obstacles qui empêchent ou gênent leur épanouissement. De même, en France, l'article 4 de la loi organique relative au Défenseur des droits, bien que plus timide sur la question, charge l'institution de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant ainsi que le principe d'égalité.

818. Fort d'une telle légitimité, l'ombudsman spécialisé dispose, par ailleurs et surtout, des facultés nécessaires à la prise en charge de la fonction d'adaptation du droit à l'évolution du temps²⁰²⁶ et « *aux exigences d'une société en mutation* »²⁰²⁷. Plusieurs facteurs en témoignent.

819. Proche de la société civile, l'ombudsman peut, tout d'abord, se prévaloir d'une position privilégiée afin d'identifier les aspirations et les attentes contemporaines des citoyens²⁰²⁸. La relation de proximité qu'il entretient avec ces derniers, associée à son importante réactivité, lui offre la possibilité de suivre au plus près les évolutions sociétale et, en conséquence, de détecter l'obsolescence des normes juridiques intéressant les droits et libertés. Les rapports annuels d'activité de l'institution, véritables « *radiographies sociales* »²⁰²⁹ de l'Etat, constituent, à ce titre, un instrument incontournable. Pour reprendre les mots du professeur Antonio-Enrique Pérez Luño²⁰³⁰, ils permettent d'effectuer un « *test d'efficacité* » du système constitutionnel des droits et libertés, c'est-à-dire de déterminer son adéquation aux exigences des époques nouvelles et à la réalité de la société.

820. La faculté dont jouit l'institution d'adresser des recommandations, ensuite, participe, également, de cette entreprise de modernisation des droits et libertés. Car, sans être législateur, l'ombudsman est, sans nul doute, à même de promouvoir de profonds changements au sein de l'ordonnement juridique²⁰³¹, soit en retenant, dans le cadre de ses observations, une interprétation des normes de droits fondamentaux plus conforme à la réalité, soit en suggérant aux autorités normatives d'adapter le droit positif aux évolutions des mentalités et aux attentes des citoyens. Susceptible de dépasser le manque d'imagination qui caractérise parfois le droit²⁰³², l'ombudsman, par le biais de son pouvoir de recommandation, peut, par exemple, mettre « [...] *en exergue les aberrations auxquelles conduit le maintien de textes désuets, dépassés en raison de la disparition des circonstances qui avaient pu,*

²⁰²⁶ A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 34.

²⁰²⁷ J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 8^{ème} éd., 2009, p.169.

²⁰²⁸ Sur ce point, v. G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 232.

²⁰²⁹ A.-E. Pérez Luño, *op. cit.*, p. 137 .

²⁰³⁰ *Ibid.*

²⁰³¹ En ce sens, v. not. : C. Giner de Grado, *op. cit.*, p. 51 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, *op. cit.*, p. 168.

²⁰³² En ce sens, v. A. Rovira Viñas, *op. cit.*, p. 34.

éventuellement, en constituer le bien-fondé lors de leur édicition »²⁰³³. Ce n'est rien d'autre que décrit le professeur María Pérez-Ugena y Coromina lorsqu'elle affirme que « la fonction primordiale de la recommandation est de promouvoir le changement normatif afin d'éviter l'application de normes devenues obsolètes au regard de la réalité vivante de la société »²⁰³⁴. Une illustration en ce sens est donnée par le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2000, qui fait effectivement mention d'une suggestion adressée au conseil municipal de *Majadahonda* afin que ce dernier constate la caducité de la procédure d'infraction aux règles de l'urbanisme engagée à l'encontre d'œuvres illégales²⁰³⁵.

821. Enfin, les études monographiques élaborées par l'institution, parfois assimilées à tort à des rapports extraordinaires²⁰³⁶, sont également susceptibles de contribuer à la fonction de modernisation du système constitutionnel de droits fondamentaux. Portant généralement sur un sujet sensible en lien avec l'actualité, de tels rapports permettent à l'ombudsman de dresser un état des lieux des principales transformations qu'a connue la matière et de proposer une vision prospective de nature à permettre une évolution du droit positif dans un sens plus conforme à la réalité sociétale. En outre, ces études sont l'occasion de convaincre les plus réfractaires quant à l'opportunité d'une telle évolution. Le rapport sur *La contamination acoustique*, publié par le Défenseur du Peuple en 2005, permet d'illustrer le propos²⁰³⁷. Encore ignorée il y a quelques années, la question de la pollution et des nuisances sonores se présente à l'heure actuelle comme une préoccupation croissante des instances de garantie des droits fondamentaux²⁰³⁸. Elle n'a pas échappé au Défenseur du Peuple qui, à travers le rapport précité, s'est employé à déterminer les origines d'un tel phénomène et à sensibiliser les

²⁰³³ J. Geogel et E. Matutano, « Médiateur de la République », *op. cit.*, p. 16.

²⁰³⁴ M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 122. Dans le même sens, v. J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 320.

²⁰³⁵ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 422.

²⁰³⁶ Les rapports extraordinaires ont pour objet de faire face à des situations particulièrement graves ou urgentes, telles que la persistance d'une attitude hostile de la part d'un organisme ou d'un fonctionnaire. A l'inverse, les études dont il est question ici intéressent des thématiques contemporaines en lien avec les droits fondamentaux. Partant, ces deux catégories de rapports ne sauraient se confondre. D'ailleurs, il convient de constater que la possibilité donnée à l'ombudsman spécialisé d'adopter des rapports extraordinaires, n'a, en Espagne à tout le moins, jamais été utilisée à ce jour (en ce sens, v. J.M. Sánchez-Saudinós et E. Pajares Montolío, « Artículo 32 », *op. cit.*, p. 806). Pourtant, la confusion est entretenue par le fait que les études monographiques adoptées par le *Provedor de Justiça* sont parfois publiées sous l'appellation rapports spéciaux. De même, certains auteurs espagnols, à l'image du professeur Fernando Sainz Moreno, assimilent les études monographiques élaborées par le Défenseur du Peuple à des rapports extraordinaires (en ce sens, v. J.M. Sánchez-Saudinós et E. Pajares Montolío, « Artículo 32 », *op. cit.*, p. 809). Il n'empêche qu'une telle assimilation est impropre et que le qualificatif d'études monographiques, proposée, notamment, par le professeur Antonio Uribarri, doit être préférée à celui de rapports extraordinaires (« La relación de la institución del Defensor del Pueblo con las Cortes : el informe ordinario », in *El fortalecimiento del ombudsman iberoamericano*, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo de la Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, p. 108).

²⁰³⁷ Defensor del Pueblo, *Contaminación acústica*, Madrid, 2005.

²⁰³⁸ Cette prise de conscience se trouve étroitement liée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a indiqué, à plusieurs reprises, que si l'article 8 de la Convention, relatif au respect de la vie privée et familiale, ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme, lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8, en particulier, lorsque l'Etat est directement responsable (en ce sens, v. not. : C.E.D.H., 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, req. n° 9310/81 ; C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, req. n° 16798/90 ; C.E.D.H., 19 février 1998, *Guerra c. Italie*, req. n° 14967/89).

pouvoirs publics quant à la nécessité de faire évoluer la pratique et le droit positif dans un sens plus respectueux du droit à des conditions de vie environnementale dignes.

822. Loin de limiter son activité à la seule résolution des litiges individuels et collectifs qui lui sont soumis, l'*human rights ombudsman* se propose également d'agir en profondeur sur le système constitutionnel de droits et libertés. Se traduisant par la prise en charge d'une triple fonction de prévention des menaces pesant sur les droits fondamentaux, d'encouragement de la concrétisation des normes de droits fondamentaux et de promotion des changements en matière de droits de la personne humaine, ce dépassement du seul contrôle correctif de la violation des droits et libertés, difficilement accessible au juge, s'inscrit incontestablement en complémentarité de la garantie juridictionnelle. Cette complémentarité se manifeste également sur le terrain de la correction des atteintes portées aux droits fondamentaux.

2. Un contrôle correctif procédant d'une philosophie différente de la garantie juridictionnelle

823. S'exprimant essentiellement à travers le traitement des réclamations adressées à l'institution²⁰³⁹, la fonction de réparation des atteintes portées aux droits fondamentaux assumée par l'*human rights ombudsman*, bien que très proche de celle exercée par le juge au regard de sa finalité, s'en distingue profondément, néanmoins, du point de vue de ses modalités d'exercice. A la nécessaire rigueur du contrôle de légalité opéré par le juge s'oppose, en effet, un mode de résolution des litiges expressément autorisé à statuer sur le terrain de l'équité (b) et disposant d'une importante liberté d'action (a). En somme, l'informalité et la souplesse des modalités d'intervention du Défenseur des droits lui ouvrent un champ des possibles, sinon infini, particulièrement vaste.

a. La résolution de litiges résistibles au juge

824. Libéré de la rigueur qui caractérise la procédure juridictionnelle, l'ombudsman spécialisé peut, de toute évidence, se prévaloir d'une souplesse et d'une informalité difficilement égalables. A la différence du contrôle opéré par le juge, qui ne peut se faire que « dans un cadre assez strict qui est celui du respect des règles de procédure et du raisonnement juridique »²⁰⁴⁰, le contrôle des atteintes portées aux droits fondamentaux exercé par l'*human rights ombudsman* se distingue en raison de règles simples, offrant la possibilité à l'institution « d'utiliser au premier chef son intuition »²⁰⁴¹. Salutaire, une telle absence de rigueur, outre qu'elle favorise une réactivité et une rapidité d'intervention facilitant la

²⁰³⁹ Il convient toutefois de rappeler que cette fonction de correction des atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux trouve également à s'exercer par le prisme de la faculté d'action d'office de l'institution. A savoir que dès l'instant où l'ombudsman prend connaissance d'une violation d'un droit fondamental qui n'a pas fait l'objet d'une plainte, il peut s'autosaisir de la question. Il n'en demeure pas moins que, eu égard au nombre particulièrement élevé de plaintes dont se trouve saisie l'institution, la fonction de correction des atteintes portées aux droits et libertés poursuivie par l'ombudsman s'exprime principalement à travers les réclamations qui lui sont adressées.

²⁰⁴⁰ Ch. Jarrosson, « Le médiateur : questions fondamentales », *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁴¹ *Ibid.*

surveillance de l'activité de l'administration, confère à l'ombudsman une liberté d'action qui fait largement défaut au juge²⁰⁴². Liberté d'action permettant à l'institution de résoudre un pourcentage élevé de problèmes « résistibles » au juge²⁰⁴³ ou, pour reprendre les mots de l'ancien Médiateur de la République Paul Legatte, « *de régler les litiges prisonniers dans les interstices des juridictions* »²⁰⁴⁴. Principalement quatre éléments permettent d'illustrer le propos.

825. En premier lieu, il n'est pas inutile de rappeler que la procédure d'instruction des requêtes adressées à l'ombudsman offre à celui-ci des perspectives d'interventions sensiblement plus importantes qu'au juge. Susceptible de réaliser des enquêtes informelles que les tribunaux ne sauraient accomplir²⁰⁴⁵, l'ombudsman, quand il est saisi d'une plainte dénonçant une violation des droits de la personne humaine, dispose de la possibilité d'entrer directement en contact avec le service et les fonctionnaires concernés afin d'entendre leurs explications et faire la lumière sur la violation alléguée²⁰⁴⁶. La finalité première de l'instruction étant la découverte de la vérité, l'institution se trouve autorisée, comme le souligne Francisco Bruñén Barberá à propos du Défenseur du Peuple²⁰⁴⁷, à recourir aux moyens de preuve qu'elle estime les plus adéquates. A cet effet, ses pouvoirs d'investigation, dont elle use avec l'intensité qu'elle juge opportune, se révèlent d'un grand secours. Qu'il s'agisse du libre accès aux documents administratifs, de la possibilité d'interroger les personnes inquiétées, ou du droit d'effectuer des vérifications sur place, l'ombudsman est susceptible de recueillir les informations nécessaires au cœur du service mis en cause. De surcroît, ne doit pas être négligé, spécialement en France, le relais que constituent les délégués territoriaux. Tissant une toile sur l'ensemble du pays, les délégués garantissent la surveillance de l'ensemble des démembrements de l'appareil administratif et, à ce titre, se révèlent particulièrement bien placés pour faire la lumière sur les violations des droits et libertés fondamentaux intervenues au sein des services administratifs locaux.

826. En deuxième lieu, et comme le fait très justement remarquer le professeur Charles Jarosson, l'ombudsman « *est libre de s'affranchir de ce à quoi le juge est soumis : le principe dispositif ; il ne connaît pas l'ultra petita. [Il] sait que, parfois, l'origine du litige est ailleurs que dans les prétentions que les parties s'opposent l'une à l'autre* »²⁰⁴⁸. Autorisé à statuer au-delà de ce qui lui est demandé, l'ombudsman peut, ainsi, s'écarter, s'il le faut, des faits exposés afin de procéder à une étude complète de l'affaire²⁰⁴⁹. Affirmation d'autant plus vraie s'agissant de l'*human rights ombudsman* que, poursuivant une fonction de protection

²⁰⁴² En ce sens, v. Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 243.

²⁰⁴³ G. Carballo Martínez, « El Defensor del Pueblo y los límites de la competencia universal », *B.I.M.J.*, Madrid, 1995, n° 1756, p. 4994.

²⁰⁴⁴ P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 141.

²⁰⁴⁵ Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *op. cit.*, p. 823.

²⁰⁴⁶ En ce sens, v. P. Garant, « Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie) », *op. cit.*, p. 242.

²⁰⁴⁷ F.M. Bruñén Barberá, « Artículo 18 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 474.

²⁰⁴⁸ Ch. Jarosson, « Le médiateur : questions fondamentales », *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁴⁹ En ce sens, v. not. : R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », *op. cit.*, p. 695 ; P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 47.

objective des droits fondamentaux, ce dernier ne saurait, par définition, être tenu par les termes du litige. Quoi qu'il en soit, cette liberté d'action se doit d'être saluée dès lors que le manque de clarté qui caractérise, dans bien des hypothèses, les réclamations adressées à l'ombudsman, conduit ce dernier à réaliser un travail d'identification de l'objet du litige²⁰⁵⁰, lequel ne pourrait être véritablement effectué si un excès de formalisme entourait la procédure d'examen de la recevabilité des plaintes.

827. En troisième lieu, l'ombudsman spécialisé dispose d'un champ de surveillance plus large que le juge pour mener à bien sa fonction de correction des atteintes portées aux droits fondamentaux. Tandis que le juge, soucieux de laisser une marge de manœuvre aux pouvoirs publics, limite parfois son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, l'ombudsman, quant à lui, peut dénoncer des erreurs considérées comme moins graves, c'est-à-dire n'étant pas suffisamment manifestes pour être sanctionnées par le juge, mais qui n'en demeurent pas moins préjudiciables pour les droits de la personne humaine²⁰⁵¹. Plus largement, l'ombudsman « *peut explorer des avenues qui sont en principe interdites au juge, soit celles des actes déraisonnables, [...], celles des pratiques administratives abusives, celles de la critique constructive des déficiences de l'administration* »²⁰⁵². A ce titre, Antonio Aradillas estime que l'un des champs d'activité de l'institution le plus fructueux est celui des « espaces vides », c'est-à-dire les hypothèses d'action de l'administration insusceptibles de recours juridictionnel, là où l'arbitraire bureaucratique peut se mouvoir en toute liberté²⁰⁵³.

828. En quatrième et dernier lieu, il convient de noter que les solutions rendues par l'ombudsman n'ont pas la valeur de précédents dont le respect s'imposerait à l'institution²⁰⁵⁴. Parce qu'il considère qu'« *il n'y a jamais de cas identiques, dès lors que les circonstances de temps, de lieu et de fait ne coïncident jamais exactement* »²⁰⁵⁵, l'ombudsman se refuse de dégager une jurisprudence à partir des affaires qu'il est amené à résoudre. Dépourvu d'« *ambition jurisprudentielle* »²⁰⁵⁶, l'ombudsman n'est aucunement lié par ce qu'il a pu exprimer auparavant. Aussi les recommandations adressées aux responsables d'une atteinte constatée aux droits fondamentaux, de même que les propositions formulées dans le cadre

²⁰⁵⁰ A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., p. 90.

²⁰⁵¹ Sur cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, op. cit., p. 125 ; D. Duarte, « A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, op. cit., p. 33 ; D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da actuação do "ombudsman" », op. cit., p. 31 ; J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, op. cit., p. 442 ; P. Legatte et A. Barbé, op. cit., p. 114 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., pp. 59 et ss.

²⁰⁵² P. Garant, « Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie) », op. cit., p. 242.

²⁰⁵³ A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 138.

²⁰⁵⁴ Cette particularité de la protection offerte par l'ombudsman a principalement été mise en avant par la doctrine française et québécoise. On songera notamment à : B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, op. cit., pp. 98-99 ; P. Garant, op. cit., p. 243 ; P. Legatte, « Le Médiateur de la République. Situation actuelle », op. cit., p. 434 ; P. Legatte et A. Barbé, op. cit., p. 161.

²⁰⁵⁵ P. Legatte, « L'intervention du Médiateur de la République dans le domaine de l'équité », in P. Frydman (Dir.), *Justice, médiation et équité : Colloque Droit et Démocratie*, La Doc. fr., Paris, 1992, p. 16.

²⁰⁵⁶ M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op. cit., p. 118.

d'une procédure de transaction ou de médiation, ne sont-elles pas tenues de respecter les solutions déjà dégagées par l'institution dans des situations similaires. C'est là une différence de taille par rapport au juge qui se trouve, dans une importante mesure, tenu par le précédent jurisprudentiel. Or, cette souplesse, qui caractérise une fois de plus l'ombudsman, se doit d'être saluée en ce qu'elle permet à l'institution d'adapter ses solutions aux spécificités de chaque litige porté à sa connaissance²⁰⁵⁷. Certes, elle engendre un certain flou juridique pour le citoyen, mais il convient de reconnaître avec le professeur Patrice Garant que « *la jurisprudence des tribunaux n'est véritablement connue que d'un cercle limité de spécialistes ; l'administrateur moyen et la quasi-totalité des administrés ou l'ignorent ou n'ont guère la possibilité d'en saisir la portée* »²⁰⁵⁸.

829. Disposant d'une liberté d'action supérieure à celle des juridictions dans le cadre de la résolution des litiges dont il est saisi, l'*human rights ombudsman* se révèle, de surcroît, en mesure de recourir plus facilement que le juge à l'équité.

b. Le dépassement du strict contrôle de légalité

830. C'est un fait, l'équité humanise le droit. « *Sans équité, sans transcription du juste dans les solutions de droit, celui-ci n'est plus qu'un ensemble de normes assurant l'ordre public sans aspirer à la protection fondamentale des droits et libertés, qui relève de l'essence même d'un droit public démocratique* »²⁰⁵⁹. Cela étant, le juge n'est pas nécessairement l'institution la plus adaptée pour prendre en considération l'équité. Astreint au respect du droit positif et d'un formalisme rigoriste, ce dernier, on l'a vu, parvient à rendre une solution en droit mais ne réussit pas toujours à vider le litige, dans la mesure où il ne peut décider en opportunité²⁰⁶⁰. Le juge n'est certes pas totalement hermétique aux considérations d'équité. Il n'en demeure pas moins que les organes juridictionnels n'usent qu'avec circonspection de cet outil de pondération et d'humanisation du droit. Ne recourant à l'équité que par le truchement de la règle de droit, ils se refusent à rendre explicitement des jugements en équité. Il s'ensuit que, en règle générale, le juge dit le droit mais ne veille pas toujours à ses répercussions pratiques. Indispensable, « *la fonction qu'il remplit [...] ne contribue pas nécessairement à régler les situations concrètes ou à répondre aux attentes légitimes des citoyens* »²⁰⁶¹.

831. A l'inverse, l'ombudsman spécialisé, grâce à sa capacité à agir indistinctement sur le terrain de la légalité ou de l'équité, se révèle en mesure de dépasser le strict juridisme²⁰⁶². Evidemment, il faut se garder d'assimiler l'institution à un Salomon ou un Saint Louis des temps modernes se souciant peu de légalisme. Outre le fait que le droit conserve une place

²⁰⁵⁷ *Ibid.*

²⁰⁵⁸ P. Garant, *op. cit.*, p. 243.

²⁰⁵⁹ M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français, op. cit.*, p. 210.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 108.

²⁰⁶¹ J.-L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *op. cit.*, p. 1218.

²⁰⁶² En ce sens, v. B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur, op. cit.*, p. 171.

centrale dans le cadre de son activité²⁰⁶³, l'ombudsman ne saurait fondamentalement porter atteinte à la règle de droit. Lorsqu'il recourt à l'équité, l'objectif poursuivi n'est pas tant de contredire la loi que de contribuer à son perfectionnement en l'adaptant à la volonté du corps social et aux cas particuliers qu'elle n'a pas envisagés²⁰⁶⁴. Il n'empêche que, par le biais de son pouvoir de recommandation, l'ombudsman peut suggérer aux pouvoirs publics de s'écarter de la lettre des textes porteurs d'iniquités. Il permet de remédier aux effets néfastes de la compétence liée, qui ne laisse aucune liberté d'appréciation à l'administration et au juge²⁰⁶⁵, en persuadant les administrateurs, à la suite de prodiges de patience²⁰⁶⁶, de prendre exceptionnellement en considération ce que le bon sens exige, sans pour autant sacrifier outre mesure les intérêts publics en cause²⁰⁶⁷. L'activité de l'ancien Médiateur de la République français offre de très nombreux exemples en ce sens²⁰⁶⁸. On songera notamment à la recommandation adressée en 1997 à l'administration fiscale afin que celle-ci revienne sur l'imposition d'office infligée à un médecin qui, « à la suite de graves difficultés personnelles et familiales [...], a négligé d'accomplir dans les délais ses obligations fiscales déclaratives »²⁰⁶⁹. Convaincu par la démonstration du Médiateur, le service des impôts a tenu compte du caractère exceptionnel du manquement pour abandonner les pénalités de retard impliquées par l'imposition d'office. Ou, encore, à la situation de Monsieur B., ouvrier terrassier victime de blessures par balles, tirées sans raison apparente par deux militaires, alors

²⁰⁶³ A ce titre, Chantal Carpentier rappelle que « le fait d'user de la méthode de la magistrature d'influence ne sous-entend pas obligatoirement que les organes agissent en dehors du droit, qu'ils ne raisonnent pas comme le feraient des juridictions et ne motivent pas en droit leurs décisions, recommandations, médiations, conseils ou avis divers » (« La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *op. cit.*, p. 150). Dans un sens similaire, le Conseiller d'Etat Guy Braibant souligne, à propos du Médiateur de la République, que « si le juge fait [...] de l'équité, à l'inverse, très souvent et très largement, le médiateur fait du droit. Les rapports du médiateur sont remplis de considérations juridiques, parfois critiquées mais parfois non critiquées. Le médiateur se pose d'abord la question de savoir si l'action de l'administration qui est critiquée devant lui est ou non conforme au droit. C'est une sorte de préalable. Si elle n'est pas conforme au droit et si en plus elle est inéquitable, les choses sont claires ; c'est seulement si elle est conforme au droit qu'un problème peut se poser. La question doit donc toujours être évoquée » (« Le droit et l'équité dans la protection du citoyen à l'égard de l'administration », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, *op. cit.*, p. 101).

²⁰⁶⁴ Sur ces questions, v. P. Legatte et A. Barbé, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, pp. 142 et 147 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, *op. cit.*, p. 127.

²⁰⁶⁵ En ce sens, v. not. : Ph. Bardiaux, « Le modèle continental », *op. cit.*, p. 6 ; B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 95.

²⁰⁶⁶ Sur ce point, v. Ch. « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *op. cit.*, pp. 148-149.

²⁰⁶⁷ L'ombudsman se doit effectivement de faire preuve d'une grande prudence et habileté dans l'usage de l'équité. Lorsqu'il propose une solution en équité, il doit s'efforcer de tenir compte des contraintes qui pèsent sur les pouvoirs publics, des conséquences de la décision qu'il propose, tant sur le plan matériel que psychologique. En somme, il doit prendre en considération non seulement les intérêts publics en jeu, mais également la capacité de l'administration à assumer le coût financier du règlement en équité, voire la prédisposition des services concernés à accepter le règlement en équité (Sur ce point, v. spéc. : Ph. Bardiaux, *op. cit.*, p. 6 ; B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 98 ; M. le Clainche, « Une institution au service de l'équité. Le Médiateur de la République », *op. cit.*, p. 18 ; P. Legatte et A. Barbé, *op. cit.*, pp. 158 et ss.).

²⁰⁶⁸ Il faut dire que l'équité a toujours occupé une place centrale au sein de l'activité de l'institution. A cet endroit, il convient de rappeler que l'article 9 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, tel que modifié par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, précisait : « Lorsqu'il apparaît au Médiateur de la République, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du requérant, proposer à l'autorité compétente toutes mesures qu'il estime de nature à y remédier et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires ».

²⁰⁶⁹ Médiateur de la République, *Rapport annuel 1997*, p. 164.

qu'il travaillait sur un chantier de l'armée française pour le compte du gouvernement général de l'Algérie. Survenu au mois de décembre 1958, l'accident donna lieu à une procédure juridictionnelle contre le gouvernement général de l'Algérie. Le jugement n'étant toujours pas rendu lorsqu'intervint l'indépendance de l'Algérie, le règlement de l'affaire fut transféré aux autorités algériennes, lesquelles laissèrent le problème sans réponse. Saisi de la question, le Médiateur de la République demanda, en 1984, au ministre des affaires étrangères d'obtenir de l'administration algérienne la prise en charge du contentieux. Face à l'échec de cette démarche, le Médiateur décida, finalement, de replacer l'affaire sur le terrain de la responsabilité de l'Etat français en démontrant que l'accident dont Monsieur B. avait été victime n'était nullement un accident de travail mais un accident causé par deux militaires placés sous l'autorité de l'administration française. Sensible à l'argumentation du Médiateur, le ministre de la défense admit le principe de la responsabilité de l'Etat et accepta de verser à l'intéressé, sur le fondement de l'équité, une indemnité de 260 000 francs²⁰⁷⁰.

832. Déjà identifiable s'agissant du Médiateur de la République, cette capacité de l'ombudsman spécialisé à proposer un règlement des litiges sur le terrain de l'équité se trouve facilitée par l'essence même de l'institution²⁰⁷¹. Deux éléments en attestent.

833. D'une part, la faculté dont jouit l'institution de connaître de situations échappant, en principe, au contrôle du juge. Loin de limiter son contrôle aux seuls actes de l'administration, l'ombudsman supervise tout autant ses prises de position, ses attitudes, ses comportements, en somme son action²⁰⁷². Or, l'iniquité ne se cache pas seulement dans la législation. Les mécanismes et les procédures de fonctionnement des services publics induisent également des situations inéquitables²⁰⁷³.

834. D'autre part, la proximité qu'entretient l'ombudsman avec le citoyen. A la différence de la justice qui, comme le signifie le symbole de la balance qu'elle tient entre ses mains, décide parfois de façon mécanique, l'ombudsman est, par essence, davantage enclin à tenir compte des personnes auxquelles s'applique la règle de droit²⁰⁷⁴. Il parvient à se défaire du bandeau que revêt la justice sur ses yeux pour rechercher l'individu derrière le justiciable anonyme. Aussi est-il en mesure de prendre en considération les circonstances particulières en vue de compléter²⁰⁷⁵, d'humaniser²⁰⁷⁶, de corriger ce que la règle de droit a de néfaste pour les intérêts légitimes de ses destinataires²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁰ Affaire rapportée par P. Legatte et A. Barbé, *op. cit.*, p. 62.

²⁰⁷¹ En ce sens, Edwin Matutano considère que « *ce mode d'intervention est sans doute approprié à une action d'influence, à une pression davantage qu'à une coercition* » (« Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 13).

²⁰⁷² Sur ce point, v. R. Bousta, « Contribution à une définition de l'ombudsman », *op. cit.*, p. 395.

²⁰⁷³ En ce sens, v. P. Legatte et A. Barbé, *op. cit.*, p. 103.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 130.

²⁰⁷⁵ Il s'agit alors de ce que l'on pourrait qualifier d'équité supplétive, dont la fonction consiste à combler les déficiences d'un texte (Sur ce point, v. Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, *op. cit.*, pp. 267 et ss.).

²⁰⁷⁶ En ce sens, v. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, pp. 71 et 79 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 58.

²⁰⁷⁷ Pour une approche approfondie de ces trois fonctions de l'équité, le lecteur pourra utilement se référer à P. Legatte et A. Barbé, *op. cit.*, pp. 129-131.

835. Et l'usage que fait l'ombudsman de l'équité ne se limite pas au seul cadre de la résolution des litiges individuels. Dans la mesure où l'iniquité résulte non seulement de l'application des textes, mais également de leurs lacunes²⁰⁷⁸, le recours à l'équité inspire plus largement les propositions de réformes législatives et réglementaires formulées par l'institution²⁰⁷⁹. Par conséquent, l'ombudsman pratique aussi bien l'équité correctrice que normative²⁰⁸⁰. En France, par exemple, l'équité a permis à l'ancien Médiateur d'obtenir de l'administration la modification des dispositions réglementaires relatives à l'indemnisation des agents non titulaires de l'Etat en cas de licenciement pour inaptitude physique²⁰⁸¹. A un système initial relativement injuste, limitant le versement de l'indemnisation aux seules hypothèses où le dommage à l'origine de l'incapacité physique était intervenu à l'occasion de l'exercice de la mission de service public, les décrets du 17 août et du 8 décembre 1998 ont substitué un système d'indemnisation automatique quelles que soient les circonstances de la survenance du dommage²⁰⁸².

836. Or, cette compétence explicite attribuée à l'ombudsman spécialisé en matière d'équité s'inscrit incontestablement en complémentarité de la protection offerte par le juge. Tandis que l'ombudsman « [...] est saisi de réclamations dont l'objet peut ne pas être simplement juridique et dépasser l'interprétation de la règle de droit : en présentant une recommandation, il propose une solution qui, au-delà de la seule légalité, se fonde parfois sur ce que suggèrent l'opportunité, le bon sens ou l'équité. Le [juge] dit le droit et rend des décisions qui s'imposent avec l'autorité de la chose jugée. Les deux actions ne sont pas exclusives l'une de l'autre : elles sont complémentaires »²⁰⁸³.

837. Reposant sur une philosophie distincte de la garantie juridictionnelle, la protection offerte par l'*human rights ombudsman* s'inscrit, en définitive, dans une perspective de complémentarité de l'action du juge puisque, outre que l'ombudsman ne se limite pas à la seule sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux, lorsqu'il intervient sur ce terrain, son contrôle repose sur des modalités d'exercice sensiblement différentes de celui opéré par le juge. L'aptitude de l'ombudsman spécialisé à pallier l'insuffisance de la garantie juridictionnelle se manifeste en dernier lieu sur le terrain des effets de la protection proposée.

²⁰⁷⁸ *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003, op. cit.*, p. 37.

²⁰⁷⁹ En ce sens, v. J. Menéres Pimentel (Coord.) *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem, op. cit.*, p. 12. En outre, l'article 28-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple attribue une compétence explicite à l'institution espagnole en la matière.

²⁰⁸⁰ Sur ce point, v. par ex. G. Carballo Martínez, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo, op. cit.*, pp. 382 et ss.

²⁰⁸¹ Rapporté par M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français, op. cit.*, p. 121.

²⁰⁸² Décret n° 98-725 du 17 août 1998 modifiant le décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *J.O.* du 22 août 1998, p. 12824 ; Décret n° 98-1106 du 8 décembre 1998 relatif à la protection sociale des fonctionnaires et des agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *J.O.* du 9 décembre 1998, p. 18533.

²⁰⁸³ *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003, op. cit.*, p. 33.

C. Une protection à certains endroits plus efficace que la garantie juridictionnelle dans ses effets

838. Principalement deux facteurs permettent d'affirmer que l'*human rights ombudsman* offre, sur certains points, une protection potentiellement plus efficace que celle du juge dans ses effets : d'une part, le fait que cette protection repose sur une recherche permanente d'adhésion des débiteurs des droits fondamentaux aux solutions proposées (1), d'autre part, sa vertu de rapprochement des citoyens et des pouvoirs publics (2).

1. Une recherche d'adhésion des débiteurs des droits fondamentaux aux solutions proposées

839. Dépourvu de pouvoirs contraignants, l'*human rights ombudsman* compte exclusivement sur sa magistrature d'influence pour mener à bien sa fonction de protection des droits de la personne humaine. Ses prérogatives, de portée essentiellement persuasive et incitative, le conduisent à privilégier la voie du dialogue en vue de convaincre les débiteurs des droits fondamentaux du bien fondé des solutions qu'il propose. Mécanisme de *soft justice*²⁰⁸⁴, l'ombudsman se distingue, en somme, par une « *recherche constante de négociation* »²⁰⁸⁵. En cela, il s'oppose de façon radicale à la protection offerte par le juge, dont l'une des principales caractéristiques réside dans l'adoption de décisions de justice revêtues de l'autorité de la chose jugée et s'imposant à leurs destinataires. Or, parce que justement la fonction de défense des droits et libertés assumée par l'ombudsman spécialisé préserve l'autonomie de la volonté, les solutions qu'il propose sont susceptibles de produire de meilleurs résultats que les décisions rendues par le juge. On admettra que l'affirmation puisse *a priori* surprendre. Conditionnées par la volonté de leurs destinataires de s'y conformer, les propositions formulées par l'ombudsman courent en permanence le risque de demeurer sans effet. Et, à l'évidence, la probabilité qu'elles ne soient pas suivies d'effet demeure supérieure aux hypothèses d'inexécution des décisions de justice²⁰⁸⁶. Mais, une fois réceptionnées par leurs destinataires, de telles solutions offrent, en revanche, des avantages indéniables. Revêtues de la qualité de la chose acceptée (a), elles acquièrent une pérennité certaine (b), ce qui n'est pas nécessairement vrai s'agissant des décisions rendues par le juge. En d'autres termes, et ainsi que le souligne le professeur Jacques Caillosse, « *la décision est d'autant plus efficace qu'elle a été concertée* »²⁰⁸⁷.

a. Des solutions revêtues de la qualité de la chose acceptée

840. « *Le médiateur rassure, car il propose et n'impose pas* »²⁰⁸⁸. Parce qu'il est animé par une recherche de direction non autoritaire des conduites, l'ombudsman formule, en effet, des

²⁰⁸⁴ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, op. cit., p. 37.

²⁰⁸⁵ M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op. cit., p. 121.

²⁰⁸⁶ Sur cette question de la résistance des pouvoirs publics à se conformer aux solutions proposées par l'*human rights ombudsman*, v. *infra*, n° 1316 et ss.

²⁰⁸⁷ J. Caillosse, *Introduire au droit*, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd., 1998, p. 104.

²⁰⁸⁸ Ch. Jarrosson, « Le médiateur : questions fondamentales », op. cit., p. 20.

solutions dont l'effectivité repose sur le principe du consensualisme. Librement réceptionnées par leurs destinataires, ces solutions jouissent de ce qu'il est permis d'appeler la qualité de la chose acceptée.

841. Cette qualité de la chose acceptée s'exprime évidemment avec une acuité particulière concernant les solutions dégagées dans le cadre des procédures de médiation organisées par l'ombudsman. Tant l'autonomie de la volonté y occupe une place centrale, la médiation se révèle, par essence, favorable à l'émergence d'une solution recueillant l'adhésion des médiés. Se définissant au regard de sa dimension exclusivement consensuelle, la procédure de médiation, d'une part, ne peut avoir lieu que si les parties y consentent librement, d'autre part, suppose que l'accord qui en découle soit élaboré par les parties elles-mêmes²⁰⁸⁹. En outre, l'éthique de la médiation postule que les médiés peuvent y mettre un terme à tout moment, sans avoir à en préciser les raisons²⁰⁹⁰. Aussi le rôle de l'ombudsman en la matière se limite-t-il à celui d'un « tiers-acteur »²⁰⁹¹. Il consiste, une fois le principe d'un règlement du litige en médiation accepté par les parties, à superviser le déroulement de la procédure, à rétablir le dialogue, à rapprocher les points de vue dans le but de permettre l'émergence d'une solution sur laquelle chacune des parties puisse marquer son accord²⁰⁹². Dégagée ensemble par les parties, la solution en médiation procède indiscutablement d'une philosophie de la solution négociée et, par conséquent, ne peut qu'être revêtue de la qualité de la chose acceptée.

842. En apparence, cette qualité de la chose acceptée se révèle moins évidente s'agissant des solutions proposées par l'ombudsman dans le cadre de son pouvoir de recommandation. Se distinguant au regard de leur caractère unilatéral, les recommandations laissent à leurs destinataires une marge de manœuvre sensiblement plus réduite qu'une procédure de médiation. Il ne s'agit plus ici pour l'ombudsman de superviser une procédure dont l'objet est de permettre l'émergence d'un accord librement élaboré par les parties, mais de proposer une solution dont il détermine lui-même le contenu. Cela étant, il convient de garder à l'esprit que la recommandation se présente, elle aussi, comme un mode de direction non autoritaire des conduites. Dépourvue de caractère obligatoire, elle invite ses destinataires à adopter certains comportements mais ne les oblige pas²⁰⁹³. Classiquement opposées aux commandements²⁰⁹⁴, dont « *la vocation spécifique [est] de constituer des mesures à suivre, à reproduire,*

²⁰⁸⁹ Sur ces questions, v. not. : J. Faget, *Accès au droit et médiation*, Mission de recherche Droit et Justice, GERICO, 2000, pp. 29 et ss. ; M. Guillaume-Hofnung, « La médiation hors du champ administratif – son avenir », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 656 ; « La médiation », *op. cit.*, p. 33 ; *La médiation*, *op. cit.*, pp. 74-75 ; J.F. Mejías Gómez, « La mediación como forma participativa de resolución de conflictos », in A. Colomer Viadel (Coord.), *Regenerar la política. Ciudadanos, ¡ sed protagonistas !*, *op. cit.*, p. 105 ; P.-Y. Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », *Symposium international de Bamako*, 1998, p. 54, [en ligne]. Disponible sur [<http://democratie.francophonie.org>] ; J. Robert, « L'émergence des médiateurs », in *Les médiateurs en France et à l'étranger*, *op. cit.*, p. 11.

²⁰⁹⁰ En ce sens, v. : C.E., *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Doc. fr., 2010, p. 22.

²⁰⁹¹ J.-P. Delevoe, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁹² En ce sens, v. : J.-P. Delevoe, *op. cit.*, p. 9 ; J. Robert, « L'émergence des médiateurs », *op. cit.*, p. 12 ; J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 170.

²⁰⁹³ En ce sens, v. Ch. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *A.P.D.*, 2008, tome 51, p. 353.

²⁰⁹⁴ Sur cette opposition entre recommandation et commandement, v. : P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op. cit.*, p. 286 ; « Le droit, technique de direction des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, p. 10.

obligatoirement, impérativement »²⁰⁹⁵, les recommandations peuvent, en effet, être définies « *comme des normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés ; elles tracent des lignes de conduite réputées opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent, dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner* »²⁰⁹⁶. Mode d'intervention privilégié de l'ombudsman, la recommandation « invite », « rappelle », « propose », « suggère » mais n'impose pas. Elle consiste dans la formulation d'énoncés non contraignants poursuivant une finalité de direction souple des conduites. Il s'ensuit que, dans le cadre des recommandations adressées par l'ombudsman également, le consentement conserve une place centrale²⁰⁹⁷.

843. Ce consensualisme est d'autant plus prononcé que l'ontologie de la recommandation revient généralement à laisser une certaine marge d'appréciation à ses destinataires. Comme le fait remarquer Benjamin Lavergne, « *la technique recommandatoire fait [...] l'objet d'un "décodage [de la part] des instances de réception", décodage particulièrement libre dans la mesure où la stratégie [...] employée par l'instance émettrice laisse une large liberté de manœuvre* »²⁰⁹⁸. Sans nul doute cette stratégie se retrouve-t-elle s'agissant des recommandations adressées par l'*human rights ombudsman*. Disposant de la faculté de moduler l'intensité de ses recommandations²⁰⁹⁹, l'institution laisse parfois une certaine liberté de choix à leurs destinataires, le plus souvent quant à la forme et aux moyens à employer pour parvenir au résultat recherché. La recommandation n° MLD/2011-60 du Défenseur des droits, improprement appelée décision au demeurant, permet d'illustrer le propos²¹⁰⁰. En l'espèce, il s'agit de refus opposé par des agences immobilières de louer des appartements à des bénéficiaires de l'allocation adulte handicapé en raison de la nature de leurs revenus. Confronté à un cas de discrimination indirecte fondée sur le handicap, le Défenseur recommande à la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement « *de prendre toute mesure veillant au respect du droit garanti aux personnes handicapées par la Convention internationale des droits des personnes handicapées de choisir leur lieu de résidence* ». Particulièrement explicite quant à l'objectif poursuivi, cette recommandation n'en préserve pas moins la liberté du ministre quant au choix des modalités, tant formelles que procédurales, pour atteindre ledit objectif. Dans ces conditions, il semble permis d'affirmer que le mécanisme de la recommandation favorise l'émergence de solutions revêtues de la qualité de la chose acceptée.

²⁰⁹⁵ P. Amsselek, « Norme et loi », *op. cit.*, p. 101.

²⁰⁹⁶ P. Amsselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *op. cit.*, p. 286.

²⁰⁹⁷ En somme, et comme l'écrit très justement Stéphane Gerry-Vernières à propos des « petites » sources du droit, « *il y a une prétention [...] à dire ce qui devrait être, en dépit de l'évidente humilité à devoir admettre qu'elle ne peut imposer la solution qu'elle prône* » (*Les « petites » sources du droit* ». *A propos des sources étatiques non contraignantes*, *op. cit.*, p. 159).

²⁰⁹⁸ B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, th. dactylographiée, Université Toulouse I Capitole, 2011, p. 139.

²⁰⁹⁹ En ce sens, v. L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 125.

²¹⁰⁰ Décision du Défenseur des droits n° MLD/2011-60 du 10 novembre 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

844. L'affirmation n'est pourtant pas partagée par l'ensemble de la doctrine. D'aucuns objectent que l'autonomie de la volonté se trouverait altérée par l'autorité de l'institution, cette dernière générant chez les destinataires des recommandations un sentiment d'obligation de s'y conformer²¹⁰¹. De toute évidence, on ne saurait nier que l'ombudsman, lorsqu'il adresse une recommandation, use de sa position institutionnelle « *pour raffermir la puissance de ce conseil en la chargeant d'un poids spécial* »²¹⁰². Comme le souligne le professeur Jacques Chevallier à propos des autorités administratives indépendantes, leur pouvoir de recommandation, « *pour être apparemment exclusif de toute idée de contrainte, n'en comporte pas moins pour les destinataires des effets juridiques – parfois comparables à ceux des règlements* »²¹⁰³. A cela s'ajoute l'arsenal de « *sanctions non juridiques* »²¹⁰⁴ mis à la disposition de l'ombudsman en vue de susciter l'adhésion des débiteurs des droits fondamentaux. On songera, par exemple, à l'ancienne possibilité donnée au Défenseur du Peuple de saisir le Ministère public d'une action en responsabilité contre les fonctionnaires coupables d'un refus de collaboration²¹⁰⁵, à la faculté du Défenseur des droits d'adresser des injonctions en cas d'inertie de ses interlocuteurs ou, encore, à la menace d'une éventuelle saisine de la juridiction constitutionnelle. Sur ce dernier point, se doit d'être soulignée la pratique, développée par le *Provedor de Justiça*, consistant à assortir certaines recommandations d'une saisine du Tribunal constitutionnel en vue d'inciter les pouvoirs publics à s'y conformer²¹⁰⁶. Sans oublier le moyen de pression le plus redoutable que constitue la possibilité de porter à la connaissance du public les hypothèses de refus de collaboration des pouvoirs publics²¹⁰⁷. Similaire à ce que les anglo-saxons appellent la *sunshine regulation*²¹⁰⁸, ce procédé repose sur l'idée que « *l'action sur la réputation est*

²¹⁰¹ Cette problématique est notamment soulevée par B. Lavergne, *Recherche op. cit.*, p. 141.

²¹⁰² D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 278.

²¹⁰³ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

²¹⁰⁴ L'expression est empruntée à B. Lavergne, *op. cit.*, p. 141.

²¹⁰⁵ Cette faculté, déjà identifiée, était prévue par l'article 24-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple. Pour une étude approfondie de ce mécanisme, le lecteur pourra utilement se référer à F. M. Bruñén Barberá, « Artículo 24-2 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 609.

²¹⁰⁶ Une illustration de cette pratique, tirée du Rapport annuel d'activité du *Provedor de Justiça* de 1999, est donnée par Maria Eduarda Ferraz. En l'espèce, il s'agissait d'un décret-loi, en date du 8 août 1998, autorisant l'expulsion des étrangers ayant à leur charge des enfants mineurs de nationalité portugaise. Constatant qu'un tel dispositif emportait un risque élevé d'expulsion des enfants mineurs eux-mêmes, le *Provedor de Justiça* conclut à la contrariété du décret-loi par rapport à l'article 33-1 de la Constitution, aux termes duquel l'expulsion du territoire nationale de citoyens portugais est interdite. Soucieux de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, le *Provedor* non seulement adressa une recommandation au gouvernement, en vue de modifier le décret-loi dans un sens conforme au texte constitutionnel – à savoir rendre impossible l'expulsion des étrangers ayant des enfants mineurs de nationalité portugaise – mais, de surcroît, saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours en inconstitutionnalité. Procédé incontestablement efficace puisque le gouvernement se conforma à la recommandation avant même que le Tribunal constitutionnel n'ait le temps de statuer (*O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, pp. 57-58).

²¹⁰⁷ La doctrine se veut d'ailleurs unanime sur ce point. En ce sens, v. entre autres : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 52 ; J. Georgel et E. Matutano, « Médiateur de la République », *op. cit.*, p. 18 ; D. Jacoby, « L'ombudsman et l'opinion publique », *Allocation prononcée lors du troisième colloque international de l'Institut latino-américain de l'ombudsman*, Buenos Aires, 1991, p. 27 ; D.C. Rowat, « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? », *op. cit.*, p. 568.

²¹⁰⁸ Cette technique « *consiste pour le régulateur, qui est ou non indépendant de l'exécutif, à stigmatiser, dans des rapports, avis et analyses, les conditions de fonctionnement d'un service donné. Le régulateur ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte. Sa force réside dans la menace qui pèse sur les entreprises gestionnaires de voir*

[parfois] plus efficace que l'action par le droit »²¹⁰⁹. Généralement relayée par les médias²¹¹⁰, « une mauvaise publicité peut [effectivement] faire beaucoup plus de dégâts que la recommandation elle-même »²¹¹¹. De sorte que, dans le cadre d'un bilan avantage/inconvénient, le service concerné aura tôt fait de se conformer à la recommandation plutôt que de risquer une mauvaise publicité.

845. De toute évidence, il y a là de quoi étayer la thèse selon laquelle les ressorts les plus profonds sur lesquels l'ombudsman fonde son autorité emportent une altération de l'autonomie de la volonté des destinataires de ses recommandations. Le propos doit pourtant être nuancé. Tandis que les moyens de pression mis à la disposition de l'ombudsman ne constituent qu'un ultime recours²¹¹², dont il n'use qu'avec la plus grande prudence²¹¹³, deux facteurs conduisent à affirmer que sa magistrature de persuasion sert la qualité de la chose acceptée davantage qu'elle ne la dessert.

846. En premier lieu, il importe de constater que, d'un point de vue strictement psychologique, l'autorité de l'ombudsman est loin d'annihiler toute autonomie de la volonté. Outre que le destinataire d'une recommandation conserve, au premier chef, la liberté de ne pas s'y conformer, au risque, il faut en convenir, de voir son attitude rendue publique, celui-ci demeure, en principe, toujours conscient de « l'intentionnalité persuasive »²¹¹⁴ poursuivie par l'ombudsman. Clairement affichée, l'intention de persuader ne saurait conduire l'ombudsman à élaborer des stratagèmes, à recourir à la machination ou à la tromperie pour obtenir l'assentiment des destinataires de ses recommandations. Parce qu'une persuasion saine repose sur des critères de crédibilité, de cohérence, de consistance et de congruence²¹¹⁵, le persuadé se trouve normalement placé dans une position lui permettant de comprendre l'intérêt de la démarche poursuivie par le « persuadeur ». Son libre arbitre ainsi respecté, le persuadé est en

leurs défauts ou carences "livrés" à l'opinion publique par le régulateur » (S. Braconnier, « La régulation des services publics », *R.F.D.A.*, 2001, p. 43).

²¹⁰⁹ L. Derepas, « Concl. sur C.E., 13 juillet 2007, Société Editions Tissot », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2148.

²¹¹⁰ L'ancien Médiateur de la République Paul Legatte écrit à ce propos : « Les médias s'empressent généralement de voler au secours des victimes de la loi. En intervenant en faveur des citoyens en difficulté, les divers médias ont conscience de remplir un devoir, de satisfaire le goût de leur clientèle pour les situations dramatiques, et parfois de contribuer à la solution des problèmes. Lorsque les journalistes s'intéressent à la solution d'un problème, ils sont enclins à porter des appréciations plus inspirées par des réflexes de droit naturel que par un raisonnement enserré dans la logique juridictionnelle. Par suite, les médias font indirectement pression pour les solutions en équité qui paraissent à leurs auditeurs et lecteurs comme des solutions de "bon sens" et de "véritable justice" » (*Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, pp. 169-170).

²¹¹¹ B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 366.

²¹¹² Edwin Matutano souligne en ce sens que « dans la panoplie des pouvoirs dont il est attributaire, le registre coercitif mis à disposition du Défenseur des droits apparaît comme subsidiaire et ne paraît pas occuper le premier rang au regard de ce qui relève de l'influence, de la pression sans coercition » (« Le Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 14-15). Cette affirmation se révèle confirmée par la pratique. En Espagne, par exemple, le pouvoir dont dispose le Défenseur du Peuple de communiquer, à travers un rapport spécial, les attitudes hostiles ou les entraves à ses enquêtes n'a jamais été utilisé à ce jour (F.M. Bruñén Barberá, « Artículo 24-1 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 615)

²¹¹³ En ce sens, v. par ex. D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da atuação do "ombudsman" », *op. cit.*, pp. 43 et ss.

²¹¹⁴ L. Bellenger, *La persuasion*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 3^{ème} ed., 1992, p. 94.

²¹¹⁵ Ce sont là « les quatre conditions d'une persuasion saine » dégagés par Lionel Bellenger (*La persuasion*, *op. cit.*, pp. 90 et ss.).

mesure de « *s'interroger sur le profit mutuel de l'assentiment ou du refus* »²¹¹⁶ et, par conséquent, demeure toujours acteur de son propre assentiment ou refus²¹¹⁷. En somme, la persuasion repose avant tout sur le postulat du laisser adhérer²¹¹⁸.

847. En second lieu, et surtout, la magistrature de persuasion de l'ombudsman procède dans une importante mesure d'un processus de communication conduisant l'institution, d'une part, à écouter les justifications avancées par les responsables des atteintes aux droits et libertés constatées, d'autre part, à expliquer les solutions proposées dans le cadre de ses recommandations. A cet effet, le dialogue, entendu comme une « *forme de recherche philosophique par la discussion où le "meneur de jeu" conduit ses interlocuteurs à découvrir le savoir qu'ils portent en eux-mêmes* »²¹¹⁹, est appelé à jouer un rôle majeur²¹²⁰. Il permet à l'ombudsman, sur la fondements des preuves qu'il réunit²¹²¹, d'attirer l'attention de son interlocuteur, de lui faire prendre conscience de son erreur afin de le conduire à accepter la solution proposée²¹²². Cette fonction phatique assumée par l'ombudsman se révèle d'autant plus efficace que celui-ci jouit d'une véritable « *aisance relationnelle* »²¹²³. Ses délégués, issus de la haute fonction publique, disposent d'un savoir faire administratif facilitant la prise de contact avec les services de l'administration. Leur « *capital administratif [...] fonctionne ici comme un habitus* »²¹²⁴ permettant d'entretenir avec l'administration une coopération confiante et fructueuse²¹²⁵. Bref, l'ombudsman, loin d'intervenir auprès de l'administration dans une perspective belligérante²¹²⁶, poursuit, au contraire, une fonction pédagogique

²¹¹⁶ *Ibid.*, p. 94.

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 111.

²¹¹⁸ Cela étant, il faut avouer qu'une interrogation demeure inévitablement quant au fait de savoir qu'elle est l'intensité exacte de l'influence jouée par la seule existence de moyens incitatifs mis à la disposition de l'ombudsman – c'est-à-dire en dehors de toute utilisation ou menace d'utilisation de ces moyens de pression – dans le processus d'acceptation de ses recommandations. Loin d'être dénuée d'intérêt, la question mérite d'être soulevée dès lors que le degré de liberté dont disposent les débiteurs des droits fondamentaux dans l'assentiment des recommandations et, partant, la pérennité des solutions qui en résultent, peut être considéré comme inversement proportionnel à l'intensité de la crainte suscitée, chez eux, par le prononcé d'une éventuelle sanction dans l'hypothèse où ils ne modifieraient pas leur comportement. Une telle influence n'en demeure pas moins difficilement quantifiable tant cette problématique relève, en réalité, du for intérieur des interlocuteurs de l'ombudsman.

²¹¹⁹ L.-M., Morfaux, « Dialogue », in *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 83.

²¹²⁰ C'est la raison pour laquelle l'ancien Défenseur du Peuple, Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, définit l'ombudsman comme une « *institution de dialogue* » (« El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía », *op. cit.*, p. 323).

²¹²¹ Il est incontestable que les preuves récoltées par l'ombudsman à l'occasion de ses investigations constituent de véritables arguments d'autorité. A ce titre, le professeur Jean-Louis Autin souligne à propos des propositions de réforme adressées par les autorités administratives indépendantes que leur « *intérêt est d'autant mieux perçu [qu'il] est mis en rapport avec une série de dysfonctionnements clairement établis* » (« Intervention des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 20).

²¹²² A ce titre, l'ancien Médiateur de la République Jean-Paul Delevoye considère que l'action de l'ombudsman ne peut être véritablement efficace qu'à la condition que « l'administration [soit] disposée à reconnaître, le cas échéant, qu'il y a eu erreur ou dysfonctionnement » (*Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, *op. cit.*, p. 10).

²¹²³ L. Bellenger, *La force de persuasion. Du bon usage des moyens de persuader et de convaincre*, ESF éditeur, coll. formation permanente, 6^{ème} éd., 2011, p. 123.

²¹²⁴ P.-Y. Baudot et A. Revillard, « Le Médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *op. cit.*, p. 351.

²¹²⁵ M. Delebarre, « Au plus près du citoyen », *R.F.A.P.*, 1992, p. 561.

²¹²⁶ En ce sens, v. Á. Gil-Robles, in *El Defensor del Pueblo y la Administración*, *op. cit.*, p. 13.

d'explication et, par là-même, de légitimation des solutions suggérées dans le cadre de ses recommandations. Conscient que « *l'acte de persuader n'aurait pas de réalité si de son côté le "persuadé" (ou le "non-persuadé") ne participait pas à sa manière à l'interaction* »²¹²⁷, l'ombudsman s'efforce de faire participer les débiteurs des droits fondamentaux à la démarche d'influence en vue de construire un résultat commun. Aussi sa magistrature d'influence se trouve-t-elle mise au service d'un processus positif d'accompagnement, consistant à « *faire comprendre autrement, faire voir sous un autre angle, pour déclencher la production [...] d'une nouvelle opinion ou d'un changement de conduite* »²¹²⁸.

848. En définitive, la fonction de direction non autoritaire des conduites poursuivie par l'*human rights ombudsman* favorise indiscutablement l'émergence de solutions revêtues de la chose acceptée. L'enjeu est loin d'être purement théorique car, ainsi revêtues de la qualité de la chose acceptée, de telles solutions sont susceptibles de jouir d'une pérennité certaine.

b. Des solutions jouissant d'une pérennité certaine

849. En dépit de l'autorité de la chose jugée dont elles se trouvent revêtues, les décisions de justice, on l'a vu, ne sont pas aussi inébranlables qu'on pourrait le croire²¹²⁹. Tandis que des hypothèses d'inexécution « directe » sont, toujours à l'heure actuelle, identifiables, l'incompréhension dont elles font parfois l'objet auprès de leurs destinataires conduit à des formes de résistance plus subtiles. Il peut arriver notamment que les pouvoirs publics se trouvent, dans un premier temps, obligés de se conformer aux décisions rendues par le juge, soit que celui-ci leur ait imposé, *via* ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte, soit que l'annulation se suffise à elle-même, mais reproduisent, quelques temps plus tard, des atteintes aux droits et libertés similaires à celles sanctionnées.

850. La France compte quelques exemples, certes un peu datés, mais particulièrement significatifs, de cette pratique²¹³⁰. On songera notamment à l'affaire *Fabrègues* où un maire s'obstine à suspendre systématiquement le garde champêtre de la commune au début de chaque mois, nonobstant l'annulation par le Conseil d'Etat de ses dix premiers arrêtés de suspension²¹³¹. Ou, encore, à l'hypothèse *Dame Lamotte* où le préfet, nullement découragé par l'annulation de son arrêté de réquisition de terrain, adopté en réaction à une première annulation d'une concession dudit terrain, prend un nouvel arrêté de concession²¹³². Dans de telles situations, l'activité du juge s'apparente à un travail de Sisyphe, consistant à réitérer « indéfiniment » une décision dont la pérennité est d'autant plus incertaine qu'il ne parvient pas toujours à en légitimer le bien fondé auprès des pouvoirs publics. Bien entendu, ce sont là des cas extrêmes et, heureusement, exceptionnels. Ils n'en reflètent pas moins la fragilité de

²¹²⁷ L. Bellenger, *La persuasion, op. cit.*, p. 111.

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 100.

²¹²⁹ Sur cette question, v. *supra*, n° 372 et ss.

²¹³⁰ Exemples extraits de R. Chapus, *Droits du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 13^{ème} éd., 2008, p. 1159.

²¹³¹ C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Fabrègues, S.*, 1911.3.121, note M. Hauriou.

²¹³² C.E. Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte, R.D.P.*, 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé ; note M. Waline.

l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice, lesquelles, même « exécutées », ne sauraient jouir d'une pérennité absolue²¹³³.

851. A l'inverse, les solutions proposées par l'ombudsman, en tant qu'elles bénéficient de la qualité de la chose acceptée, peuvent prétendre à une certaine durabilité. Leur effectivité reposant sur un principe d'adhésion volontaire, il est possible de considérer que, une fois celles-ci acceptées, leurs destinataires seront davantage enclins à les respecter que les décisions de justices²¹³⁴. Acteurs de leur propre assentiment, les débiteurs des droits fondamentaux se trouvent nécessairement conduits à opérer un travail introspectif favorable à une prise de conscience de l'erreur commise.

852. Cette idée, si bien résumée par le professeur René David lorsqu'il écrit que « *mieux reçues les sentences seraient, de surcroît, mieux exécutées* »²¹³⁵, s'exprime, une fois de plus, avec une acuité particulière s'agissant des solutions dégagées dans le cadre d'une procédure de médiation. Procédant de la philosophie de la solution négociée et non de la solution imposée, ce mode alternatif de résolution des litiges s'avère propice à l'émergence de solutions durables²¹³⁶. Parce qu'elles sont dégagées ensemble par les médiés et, ce faisant, tiennent compte des « *intérêts de chacune des parties et pas uniquement ceux de l'une d'entre elles* »²¹³⁷, de telles solutions sont effectivement susceptibles de s'inscrire dans la durée, échappant ainsi à un risque de remise en cause permanent par le responsable de l'atteinte aux droits fondamentaux constatée.

853. Evidente pour les solutions en médiation, cette vertu de pérennité des solutions formulées par l'ombudsman trouve également à s'exprimer s'agissant de ses recommandations. Dans la mesure où l'autonomie de la volonté conserve une place centrale dans le processus de d'acceptation des recommandations, leur réception suppose, à l'identique de la solution en médiation, la naissance d'une solution durable. Et ce d'autant plus que, comme il a été indiqué, l'ombudsman spécialisé poursuit une fonction pédagogique de légitimation des solutions suggérées en s'efforçant d'expliquer à ses interlocuteurs les raisons pour lesquelles leur action s'inscrit en contrariété avec les droits fondamentaux. En associant les débiteurs des droits fondamentaux à la prise de décision et, par conséquent, à la rectification de leurs propres erreurs, il favorise une responsabilisation permettant d'espérer que les atteintes aux droits fondamentaux constatées ne se reproduisent pas à l'avenir.

²¹³³ Ce n'est d'ailleurs là qu'une illustration, parmi d'autres, des limites du panjurisme. Un exemple certainement plus significatif est donné par l'« *hypothèse du non-droit* », mise en avant par le doyen Jean Carbonnier, qui renvoie à un phénomène d'absence ou de retrait du droit dans des situations où il devrait être présent (J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd., 1992, pp. 23 et ss.).

²¹³⁴ Ce n'est rien d'autre que décrit Benjamin Lavergne lorsqu'il affirme : « *la négociation, remplaçant l'unilatéralisme imposé d'en haut, pourrait assurer à la norme une certaine pérennité en ce qu'elle serait consentie et non plus subie* » (*Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 144).

²¹³⁵ Cité par J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », op. cit., p. 497.

²¹³⁶ En ce sens, v. P.-Y. Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », op. cit., p. 54.

²¹³⁷ *Ibid.*

854. En revanche, il est fort probable que la qualité de la chose acceptée et, par là-même, la pérennité des solutions suggérées par l'ombudsman s'amenuisent lorsque celui-ci recourt, ou menace de recourir, aux moyens de pression mis à sa disposition. Car, si l'« *on peut influencer en faisant peur [...], la qualité de l'adhésion sera douteuse et peu durable, au point qu'il serait même abusif de parler d'adhésion* »²¹³⁸. Probablement faut-il voir là une des principales raisons pour lesquelles l'*human rights ombudsman* n'use que très rarement et, en tout état de cause, en dernier recours de ses prérogatives de « sanctions non juridiques ».

855. Mieux acceptées et, ce faisant, jouissant d'une pérennité certaine, les solutions proposées par l'ombudsman et, plus largement, ses modalités d'intervention, favorisent, de surcroît, un rapprochement salutaire entre les citoyens et les pouvoirs publics.

2. Une vertu de rapprochement des citoyens et des pouvoirs publics

856. Contrairement au juge, l'activité de l'*human rights ombudsman* procède, dans une importante mesure, d'une recherche d'humanisation des rapports entre le citoyen et les pouvoirs publics²¹³⁹ et, partant, de consolidation de la démocratie administrative²¹⁴⁰. Certes, on ne saurait nier que l'exigence de rapprochement des parties constitue, en France du moins, une préoccupation croissante des juridictions administratives. Pour autant, il convient de reconnaître que la protection offerte par le juge, à cause de son manque de souplesse et d'informalité, se limite pour l'essentiel à trancher un litige sur une question de droit.

857. Soucieux « *d'aboutir à des résultats concrets, plutôt que d'énoncer des affirmations théoriques* »²¹⁴¹, l'ombudsman, pour sa part, ne se contente pas de rétablir la légalité. Il poursuit, plus largement, une fonction pédagogique de réconciliation des citoyens avec les pouvoirs démocratiques et, de ce fait, entend « *restaurer la paix sociale* »²¹⁴² là où le juge ne réussit pas toujours²¹⁴³. Favorable à l'épanouissement de l'Etat de droit²¹⁴⁴, cette vertu de rapprochement des citoyens et des pouvoirs publics se révèle, en outre, bénéfique pour les publics en situation de précarité ou d'exclusion. Car, « *alors même que ces personnes ont plus de motifs que la moyenne de recourir aux services de l'administration, [...] l'expérience prouve qu'elles sont souvent peu à l'aise pour solliciter les services, qu'elles rencontrent certaines difficultés pour repérer les bons interlocuteurs et parfois même qu'elles renoncent de fait à l'exercice de leurs droits compte tenu de ces difficultés dans leur relation avec*

²¹³⁸ L. Bellenger, *La force de persuasion. Du bon usage des moyens de persuader et de convaincre*, *op. cit.*, p. 107.

²¹³⁹ Sur ce point, v. entre autres : P.-Y. Baudot et A. Revillard, « Le Médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 194 ; S. Gillet, *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, th. dactylographiée, Université Paris I, 1994, pp. 80 et ss. ; Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 87 ; Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *op. cit.*, pp. 819 et 825.

²¹⁴⁰ Comme l'on démontré Pierre-Yves Baudot et Anne Revillard, l'amélioration des rapports entre les administrés et l'administration fait partie intégrante de la notion de démocratie administrative (« Le Médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 195).

²¹⁴¹ F. Gazier et Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.*, 1983-1984, n° 35, p. 28.

²¹⁴² Ch. Jarroson, « Le médiateur : questions fondamentales », *op. cit.*, p. 19.

²¹⁴³ F. Creux-Thomas, « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *J.C.P. G.*, 2009, n° 51, 558.

²¹⁴⁴ T. Mostafa-Kamel, « Allocution de séance d'ouverture », *op. cit.*, p. 12.

l'administration »²¹⁴⁵. Au regard d'un tel constat, l'ombudsman spécialisé, compte tenu des incidences généralement très positives de son activité à l'égard des personnes les plus en marge de la société, est susceptible de contribuer au rétablissement du dialogue entre l'administration et ces catégories de la population dites fragiles²¹⁴⁶.

858. Divers et variés, les facteurs attestant de l'idée selon laquelle l'activité de l'*human rights ombudsman* participe d'un processus de rapprochement des citoyens et des pouvoirs publics tiennent, tout d'abord, aux efforts constamment entrepris par l'institution en vue de sensibiliser l'administration aux attentes des administrés²¹⁴⁷. A travers ses rapports annuels d'activité notamment, l'ombudsman éclaire les structures étatiques sur la façon dont leur action est ressentie par leurs destinataires et, en conséquence, sur les correctifs qu'il serait souhaitable d'y apporter²¹⁴⁸. Ainsi placés au cœur de l'action de l'Etat²¹⁴⁹, les citoyens sont susceptibles de recevoir de l'administration une action plus conforme à leurs attentes²¹⁵⁰.

859. Inversement, ce rapprochement s'exprime, ensuite, au regard de la finalité de légitimation de l'action administrative poursuivie par l'ombudsman spécialisé²¹⁵¹. Conscient que l'humanisation des rapports entre les pouvoirs publics et les citoyens ne saurait être à sens unique²¹⁵², l'ombudsman, loin de réduire son action à une mise en accusation systématique de l'administration²¹⁵³, s'efforce de sensibiliser les administrés-usagers aux limites et aux contraintes qui affectent l'activité prise en charge par les services administratifs²¹⁵⁴. Or, cette vertu de légitimation de l'activité administrative s'avère porteuse d'enjeux non négligeables²¹⁵⁵. Mieux comprise, l'administration se trouverait libérée d'un certain nombre de pressions, individuelles ou collectives, et, par conséquent, bénéficierait d'un climat plus propice à l'efficacité de son action. Action indispensable, s'il est besoin de le rappeler, à l'épanouissement de certains droits fondamentaux, en particulier ceux dont l'effectivité se trouve conditionnée par la satisfaction d'exigences matérielles.

860. Concrètement, cette fonction de légitimation s'exprime, par exemple, lorsque l'ombudsman réceptionne une plainte manifestement infondée. Dès lors que sa magistrature

²¹⁴⁵ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁴⁶ Sur ce point, v. : A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *op. cit.*, p. 457 ; *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁴⁷ En ce sens, v. Ch. Carpentier, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *op. cit.*, p. 160.

²¹⁴⁸ B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 36.

²¹⁴⁹ B. Stasi, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 162.

²¹⁵⁰ M. Delebarre, « Au plus près du citoyen », *op. cit.*, p. 561.

²¹⁵¹ Sur ce point, v. B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 36 ; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V. A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, pp. 109-110.

²¹⁵² En ce sens, v. par ex. : P. Sabourin, « Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'administration », *op. cit.*, p. 62 ; B. Santolini, « Le Médiateur, aujourd'hui », *R.A.*, 1981, p. 201.

²¹⁵³ A. Pinay, « Quelques réflexions sur l'institution du Médiateur », *R.A.*, 1973, p. 616.

²¹⁵⁴ Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, *op. cit.*, pp. 52-53.

²¹⁵⁵ Sur l'importance de la légitimité de l'action publique, le lecteur pourra utilement se référer à P. Duran, *Penser l'action publique*, L.G.D.J., Droit et Société, Paris, 2010, pp. 98 et ss.

d'influence s'exerce également sur les citoyens²¹⁵⁶, l'ombudsman est en mesure de persuader le réclamant que c'est à tort qu'il s'est cru victime d'une atteinte portée à ses droits fondamentaux²¹⁵⁷ et, partant, de disculper le fonctionnaire injustement accusé²¹⁵⁸. Parce que « *l'administré n'est pas toujours la victime innocente d'un monstre froid* »²¹⁵⁹, l'ombudsman spécialisé, à l'identique de ses homologues scandinaves²¹⁶⁰, a effectivement à cœur de rétablir la vérité et de défendre les fonctionnaires contre leurs détracteurs²¹⁶¹. Etant entendu qu'il est très rare, en pratique, que l'opinion publique ne respecte pas une décision prise par l'ombudsman en vue d'innocenter un service public²¹⁶².

861. Enfin, l'*human rights ombudsman*, en prêtant aux administrés « *l'autorité dont ils ne disposent pas personnellement pour faire entendre leur voix dans un conflit avec les services administratifs de leur pays* »²¹⁶³, favorise la restauration du dialogue entre les citoyens et les pouvoirs publics. De par sa fonction d'intercesseur entre la société civile et étatique, l'ombudsman contribue, en effet, à donner la parole au citoyen et, ainsi, encourage la participation de ce dernier à la vie publique²¹⁶⁴. Un exemple topique de cette promotion de l'initiative citoyenne est donné, en France, par l'ancienne Plateforme participative sur la défense des droits instaurée par le Médiateur de la République en février 2010²¹⁶⁵. Consistant dans la mise en relation des internautes et des acteurs de la Médiature, l'objectif affiché de ce site internet était de parvenir à une « *co-production de l'amélioration de l'administration et de la défense des droits* ». Espace unique de débats, de questions et de propositions sur les sujets relevant du périmètre d'intervention du Médiateur, cette plateforme incitait « *à débattre des questions de société relatives aux droits des citoyens et aux droits de l'homme soumises par les internautes, à proposer des réformes pour corriger les textes de loi et à témoigner* »²¹⁶⁶. Or, comme le fait très justement remarquer Françoise Waintrop, la participation du citoyen-usagé aux questions intéressants les politiques publiques est un facteur tout à fait essentiel de performance et de démocratisation de l'administration²¹⁶⁷. Illustration du passage de « *sujet administré passif à citoyen administratif actif* »²¹⁶⁸, cet aspect du processus de rapprochement des citoyens et de l'administration s'avère particulièrement prononcé dans le cadre des procédures de médiation mises en œuvre par

²¹⁵⁶ H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 133.

²¹⁵⁷ K. Holmgren, « La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'ombudsman », *op. cit.*, p. 72.

²¹⁵⁸ *Ibid.*

²¹⁵⁹ B. Santolini, « Le Médiateur, aujourd'hui », *op. cit.*, p. 201.

²¹⁶⁰ Sur cette question, v. R. Lindon et D. Amson, « Un "ombudsman" en France ? », *op. cit.*

²¹⁶¹ Sur ce point, v. not. : Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, p. 223 ; Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *op. cit.*, p. 839.

²¹⁶² K. Holmgren, *op. cit.*, p. 72.

²¹⁶³ A.-S. Mescheriakoff, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, *op. cit.*, p. 313.

²¹⁶⁴ D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, *op. cit.*, p. 168.

²¹⁶⁵ Rapporté par P.-Y. Baudot et A. Revillard, « Le Médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 201.

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ F. Waintrop, « Ecouter les usagers : de la simplification à l'innovation », *R.F.A.P.*, 2011, p. 210.

²¹⁶⁸ En ce sens, v. J. le Garrec, « Efficacité et démocratie administratives », *R.F.A.P.*, 1988, p. 72.

l'ombudsman²¹⁶⁹. Poursuivant une finalité de restauration du lien social²¹⁷⁰, la médiation institutionnelle suppose une participation active du citoyen-réclamant à la résolution du litige le concernant²¹⁷¹ et, pour cette raison, contribue au renforcement de la démocratie administrative²¹⁷². Elle permet, pour reprendre les mots du professeur Michèle Guillaume-Hofnung, « l'établissement ou le rétablissement de la communication, la construction ou la reconstruction d'un rapport social »²¹⁷³.

862. Autorité non juridictionnelle revêtue d'une configuration institutionnelle atypique, l'*human rights ombudsman* s'inscrit, en fin de compte, dans une perspective de complémentarité de la garantie juridictionnelle. Loin de concurrencer le contrôle opéré par le juge, l'ombudsman spécialisé se propose, au contraire, d'en combler utilement les lacunes. S'énonçant sur le triple terrain de la mise en œuvre, de l'exercice et des effets du contrôle, cette vertu de complémentarité trouve également à s'exprimer à l'endroit des mécanismes non juridictionnels classiques de garantie.

§ 2. Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes non juridictionnels de garantie

863. En dépit de leur complémentarité supposée de la protection proposée par le juge, les mécanismes non juridictionnels classiques de garantie, que constituent le contrôle politico-parlementaire et le contrôle des autorités administratives indépendantes et des *ombudsmen* sectoriels, ne parviennent, en réalité, que difficilement à pallier l'insuffisance de la garantie juridictionnelle des droits et libertés. Eux-mêmes affectés d'un certain nombre de lacunes, de tels mécanismes se révèlent effectivement des relais limités de la protection juridictionnelle. Or, en cette matière également, l'ombudsman spécialisé se veut porteur de solutions intéressantes. Echappant à la relativité et à la contingence de la protection politico-parlementaire (A), ce dernier propose, en outre, une protection sensiblement plus cohérente que celle offerte par un système non juridictionnel de garantie de type sectoriel (B).

A. Une protection apolitique échappant à la relativité et à la contingence de la protection politico-parlementaire

864. Indéniable sur le plan théorique, la capacité du Parlement à protéger les droits fondamentaux, qu'il s'agisse de la sanction des atteintes portées aux droits et libertés ou du règlement extrajudiciaire des litiges intéressant les droits de la personne humaine par l'intermédiaire du droit de pétition, se révèle quelque peu mise à mal en pratique. Se distinguant en raison de sa relativité et de sa contingence, la protection politico-parlementaire

²¹⁶⁹ M. Delebarre, « Au plus près du citoyen », *op. cit.*, p. 562.

²¹⁷⁰ Sur ce point, v. not. : J.-P. Delevoye, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, *op. cit.*, pp. 9 et 13 ; J. Faget, *Accès au droit et médiation*, *op. cit.*, p. 26 ; M. Guillaume-Hofnung, « La médiation », *op. cit.*, p. 30.

²¹⁷¹ Participation active du citoyen à la résolution de son litige au demeurant on ne peut plus logique à l'heure où la société civile est de plus en plus amenée à intervenir, par le prisme des mécanismes de démocratie participative, à l'élaboration des normes juridiques la concernant.

²¹⁷² En ce sens, v. : P.-Y. Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », *op. cit.*, p. 57 ; A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 36.

²¹⁷³ M. Guillaume-Hofnung, « La médiation », *op. cit.*, p. 34.

des droits fondamentaux doit, de surcroît, affronter une crise de la démocratie représentative synonyme de détournement du citoyen de cette forme de protection. Au regard d'un tel constat, l'*human rights ombudsman* présente, une fois de plus, un intérêt certain. Indépendamment de la grande confiance qu'il inspire au citoyen²¹⁷⁴, ce dernier se présente, grâce à sa nature apolitique (1) et son importante réactivité (2), comme un palliatif adapté aux insuffisances affectant la protection parlementaire des droits et libertés.

1. Une autorité indépendante affranchie des considérations politiques du Parlement

865. Essentiellement guidée par des mobiles d'opportunité politique, la protection politico-parlementaire des droits fondamentaux demeure, somme toute, assez aléatoire dans sa mise en œuvre ; le phénomène majoritaire, associé au fait que l'effectivité de la plupart des mécanismes de contrôle repose sur la réunion d'une majorité, réduisant considérablement les chances de succès de ce mode de protection. Or, de telles considérations se révèlent, en revanche, largement étrangères à l'ombudsman spécialisé. La conjonction de deux facteurs, que sont sa nature apolitique²¹⁷⁵ et son indépendance à l'égard des pouvoirs constitués, lui confère « *la liberté de rechercher la vérité sans crainte des conséquences politiques ou autres* »²¹⁷⁶.

866. Evidemment, l'institution entretient, spécialement en Espagne, des liens étroits avec le Parlement. Mais, en dépit d'une dépendance organique certaine, le Défenseur du Peuple jouit d'une indépendance fonctionnelle indiscutable à l'égard de l'organe parlementaire²¹⁷⁷, si bien que son action, à l'identique de son homologue portugais, trouve à s'exercer « *indépendamment des choix d'orientation politique et partisane* »²¹⁷⁸. De même, en France, si le mode de nomination du Défenseur des droits alimente inévitablement la suspicion quant à sa réelle autonomie par rapport au pouvoir exécutif, l'indépendance de l'institution demeure, en réalité, largement préservée par le statut dont jouit son représentant une fois nommé.

867. Ainsi affranchi de la dimension politique qui caractérise la garantie parlementaire des droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman* est susceptible de proposer une protection davantage objective et moins aléatoire, dans sa mise en œuvre, que celle offerte par le

²¹⁷⁴ Il ne paraît pas nécessaire de revenir sur ce point largement développé précédemment (v. *supra*, n° 785-787).

²¹⁷⁵ Sur la nature apolitique de l'ombudsman, le lecteur pourra utilement se référer aux travaux de : B. Alamanni de Carrillo, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 58 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., p. 106 ; T. Duarte, « O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado », op. cit., p. 86 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », op. cit., p. 722 ; M. Pedersen, « Denmark's Ombudsman », in D.C. Rowat, *The Ombudsman, citizen's defender*, Allen and Unwin, 1968, p. 82 ; D.C. Rowat, *El ombudsman en el mundo*, op. cit., p. 4.

²¹⁷⁶ V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », op. cit., p. 623.

²¹⁷⁷ Sur cette question, v. *supra*, n° 593.

²¹⁷⁸ O. Schrameck in « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », op. cit., p. 29.

Parlement²¹⁷⁹. Une telle indépendance assure à l'ombudsman la certitude, sinon d'opérer un contrôle systématique de l'activité des pouvoirs publics, de ne pas être empêché d'intervenir lorsqu'il estime qu'une atteinte a été portée aux droits fondamentaux. Elle présente, par ailleurs, un intérêt non négligeable, du moins en Espagne et au Portugal, au regard de la possibilité donnée à l'institution de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité. Une telle prérogative permettant au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, confrontés à une loi potentiellement liberticide n'ayant pas fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité de la part des autorités politiques, de remédier à cette défaillance en saisissant de leur propre initiative la juridiction constitutionnelle. Car, même ouvert à une minorité de parlementaire, il n'est pas inconnu que l'exercice du recours en inconstitutionnalité n'échappe pas aux influences partisans, l'opposition parlementaire s'abstenant parfois, pour des raisons d'ordre politique, de saisir la juridiction constitutionnelle. C'est d'ailleurs là une des principales raisons avancées par la doctrine française en faveur de l'octroi au Défenseur des droits de la faculté de déclencher une procédure de contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes²¹⁸⁰. Pour reprendre les mots du professeur Pierre Bon, une telle faculté se justifie « *par le souci de ne pas faire intervenir exclusivement, en matière de saisine de la juridiction constitutionnelle, des autorités politiques qui peuvent saisir ou ne pas saisir en fonction de fins purement partisans* »²¹⁸¹, mais également des autorités indépendantes du monde politique poursuivant une fonction exclusive de protection des droits fondamentaux.

2. Une réactivité favorisant une surveillance de l'activité administrative plus étroite que le Parlement

868. La protection des droits fondamentaux proposée par le Parlement est affectée, on l'a vu, d'une importante relativité. La lourdeur du fonctionnement de la structure parlementaire, l'impossibilité pour l'institution d'exercer une surveillance directe de l'activité de l'administration, ainsi que la disproportion des armes dont elle dispose pour remédier aux violations constatées, en particulier le mécanisme de la motion de censure, sont autant de facteurs préjudiciant à une surveillance quotidienne, et pourtant nécessaire, de l'action administrative.

869. Or, sur ce terrain également, l'ombudsman spécialisé présente des avantages indéniables²¹⁸², à commencer par sa fonction exclusive de protection des droits fondamentaux. Exerçant cette fonction à temps plein, ce dernier est nécessairement plus à même de superviser l'activité administrative que le Parlement dont les membres, il convient de le rappeler, ont également en charge de lourdes responsabilités législatives. Sans oublier que

²¹⁷⁹ Sur ce point, v. spéc. : I. Ibañez Garcia, *Derecho de petición y derecho de queja*, *op. cit.*, p. 43 ; R. Pellon Rivero, *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁸⁰ En ce sens, v. not. : Y. Gaudemet, « La conformité des lois à la Constitution (à propos de la révision constitutionnelle : ou pourquoi faire simple quant on peut faire compliqué) », *op. cit.*, p. 1704 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1684 ; B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *op. cit.*, p. 63.

²¹⁸¹ P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁸² R. Pellon Rivero, *op. cit.*, p. 17.

l'human rights ombudsman, en dépit de sa fonction renouvelée de protection des droits et libertés, conserve une compétence privilégiée en matière de surveillance de l'administration. C'est évidemment là un atout supplémentaire par rapport au Parlement dont la fonction de contrôle, principalement circonscrite à l'activité gouvernementale, ne lui permet pas d'exercer une surveillance directe de l'administration²¹⁸³. Mais l'essentiel n'est peut être pas là. A la vérité, ce sont avant tout les qualités intrinsèques de l'ombudsman spécialisé qui font de celui-ci un palliatif adapté à l'incapacité affichée par le Parlement d'opérer un contrôle quotidien de l'activité administrative. Jouissant d'une souplesse et d'une réactivité difficilement égalables²¹⁸⁴, l'ombudsman est effectivement à même d'exercer une surveillance de la fonction exécutive sensiblement plus étroite que l'institution parlementaire²¹⁸⁵. Trois éléments permettent d'étayer le propos.

870. *Primo*, l'ombudsman, grâce à son organisation, échappe, dans une large mesure, aux difficultés liées à la lourdeur du dispositif parlementaire. Son caractère unipersonnel, notamment, lui offre une liberté et une rapidité d'action faisant largement défaut à une institution de type collégiale telle que le Parlement. La personnalisation de la fonction permet, par exemple, à son représentant d'opérer des choix parfois délicats, mais néanmoins essentiels pour l'effectivité des droits et libertés. En charge d'un nombre particulièrement élevé de dossiers²¹⁸⁶, l'institution dispose de la faculté d'effectuer un tri parmi les différentes plaintes qui lui sont adressées afin de déterminer les affaires les plus urgentes à traiter. Car, sans opérer une hiérarchisation des droits fondamentaux, il est évident que certaines atteintes, en raison de leur gravité particulière ou de leurs conséquences possiblement irréversibles, se doivent d'être prises en charge prioritairement²¹⁸⁷.

871. A cela s'ajoute, en France, l'existence d'une représentation particulièrement développée du Défenseur des droits à l'échelle locale. Favorisant une surveillance on ne peut plus étroite de l'administration territoriale, les délégués du Défenseur permettent, par ailleurs, de libérer les services centraux de la résolution de litiges mettant en cause les autorités administratives locales²¹⁸⁸. Ainsi déchargée d'un certain nombre d'affaires²¹⁸⁹, l'institution

²¹⁸³ A cet égard, le professeur Carlos Giner De Grado souligne : « *Ce qui distingue le Défenseur du Peuple des autres institutions chargées de la protection des Droits fondamentaux, comme peuvent l'être les Cortès Générales, le Tribunal constitutionnel ou les tribunaux ordinaires, c'est sa faculté spécifique de pouvoir superviser l'administration* » (*El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, op. cit., p. 30).

²¹⁸⁴ C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., pp. 182 et ss.

²¹⁸⁵ En ce sens, v. J.L. Cascajo Castro, « Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho : une perspectiva teórica », op. cit., p. 47.

²¹⁸⁶ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer aux annexes 5 et 6.

²¹⁸⁷ C. Sampaio Ventura, op. cit., p. 183.

²¹⁸⁸ Ce mouvement de délégation de certaines affaires des services centraux vers les délégués territoriaux était très clairement perceptible dans le cadre de l'ancien Médiateur de la République (en ce sens, v. : *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, op. cit., p. 62 ; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., p. 44 ; Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, op. cit., p. 49).

²¹⁸⁹ Sous l'ancien Médiateur de la République, seulement trois types de cas relevaient de la compétence exclusive du siège : les réclamations concernant une administration à compétence nationale, celles intéressant

voit, dans une certaine mesure du moins, sa réactivité préservée et dispose de temps disponible pour traiter les dossiers les plus importants et les plus délicats.

872. *Secundo*, l'informalité des modalités et des moyens d'action de l'*human rights ombudsman* lui assurent une rapidité d'intervention qui tranche considérablement par rapport à la lenteur du fonctionnement de l'institution parlementaire. L'instruction des réclamations adressées à l'institution en est une illustration éclatante. Comme le souligne Antonio Mora à propos du Défenseur du Peuple²¹⁹⁰, les plaintes, une fois réceptionnées, font l'objet d'un traitement immédiat, informel, rapide et efficace, ce qui est très rarement le cas des pétitions²¹⁹¹. Appréhendée par certains auteurs comme un instrument de participation politique à part entière²¹⁹², la possibilité d'adresser des plaintes à l'ombudsman se présente, ainsi, comme un palliatif opportun à la lenteur et, plus largement, au déclin de la procédure de pétition parlementaire²¹⁹³.

873. *Tertio*, la palette des prérogatives attribuée à l'ombudsman spécialisé lui offre des perspectives d'intervention sensiblement plus élevées que le Parlement. De la « simple » recommandation à la saisine de la juridiction constitutionnelle, en passant par l'organisation d'une procédure de médiation ou la saisine du supérieur hiérarchique du fonctionnaire responsable, l'institution jouit d'un panel de prérogatives lui permettant d'adapter ses interventions à l'intensité des atteintes constatées²¹⁹⁴. Chose difficilement réalisable pour le Parlement dont les prérogatives ne permettent pas un contrôle direct de l'activité administrative et, surtout, se révèlent, pour certaines, disproportionnées en comparaison à la plupart des atteintes causées aux droits fondamentaux par l'administration.

874. Dans ces conditions, il est permis d'affirmer, avec le professeur Antonio Rovira Viñas²¹⁹⁵, que les caractéristiques de flexibilité, d'informalité et d'immédiateté, qui constituent l'essence même de l'ombudsman, permettent à celui-ci de poursuivre une mission de défense des droits et libertés autrement plus rapide et efficace que l'institution parlementaire. Cette capacité à combler les lacunes affectant les mécanismes non juridictionnels de garantie des droits fondamentaux s'exprime également à l'adresse des autorités administratives indépendantes.

une administration étrangère et les interventions en équité (rapporté par A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *op. cit.*, p. 72).

²¹⁹⁰ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 83. Dans le même sens, v. F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 40.

²¹⁹¹ Sur la lenteur du traitement des pétitions adressées au Parlement, v. *supra*, n° 421.

²¹⁹² M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, pp. 59 et ss.

²¹⁹³ Le professeur Fernando Sainz Moreno, par exemple, voit dans l'institution du Défenseur du Peuple une revitalisation du droit de pétition (« Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 29).

²¹⁹⁴ Sur cette faculté d'adaptation de l'institution aux situations dont elle est saisie, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 3-4.

²¹⁹⁵ A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, pp. 32-33.

B. Une protection unitaire davantage identifiable et uniforme que la protection des autorités indépendantes sectorielles

875. Reposant sur des modalités de fonctionnement et d'intervention sensiblement identiques à celles de l'*human rights ombudsman*, le corpus d'autorités administratives indépendantes et d'*ombudsmen* sectoriels existant en France et de l'autre côté des Pyrénées n'en demeure pas moins affecté d'un certain nombre d'insuffisances. Outre que l'ensemble des droits fondamentaux ne trouvent pas à bénéficier de cette forme de protection, l'absence de consécration constitutionnelle de ces organismes, à de rares exceptions près au Portugal, en fait des institutions fragiles dont l'existence est susceptible d'être remise en cause à tout moment par le législateur²¹⁹⁶. Surtout, la sectorisation du système non juridictionnel de défense des droits et libertés présente deux limites de taille : d'un côté, une pluralité d'instances de nature à complexifier la compréhension des rouages et du mode fonctionnement de cette forme de garantie pour les citoyens ; d'un autre côté, un déficit d'unité de sens de la protection proposée. Limites auxquelles l'ombudsman spécialisé, en tant qu'institution unitaire et plurifonctionnelle²¹⁹⁷, c'est-à-dire compétente pour assurer la défense de l'ensemble des droits fondamentaux et de leurs bénéficiaires, échappe dans une large mesure. Incontestable s'agissant du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*²¹⁹⁸, ce caractère unitaire du modèle de l'ombudsman spécialisé est également perceptible chez le Défenseur des droits. Malgré la dialectique entre unité et diversité qui anime l'institution, le Défenseur français, à l'image de ses homologues ibériques, présente l'avantage de proposer une protection sensiblement plus visible (1), plus connue (2) et plus uniforme (3) que celle offerte par une pluralité d'instances à compétence sectorielle.

1. Une visibilité supérieure à celle des autorités indépendantes sectorielles

876. Organe de défense des droits et libertés à vocation transversale, l'*human rights ombudsman* constitue, à n'en pas douter, un palliatif adapté au manque de visibilité de la protection proposée par une pluralité d'instances jouissant d'une compétence *rationae materiae* ou *personae* limitée. Autorisé à connaître de l'ensemble des réclamations intéressant les droits de la personne humaine, l'ombudsman spécialisé facilite la démarche du citoyen-réclamant qui n'a pas à déterminer, tel que c'est le cas dans le cadre d'un système de garantie fragmenté entre plusieurs autorités, l'institution compétente pour apprécier sa requête. Il offre la certitude au citoyen victime d'une atteinte portée à ses droits fondamentaux de trouver une institution compétente pour examiner sa réclamation, et ce quel que soit le droit fondamental considéré.

²¹⁹⁶ Sur ce point, v. B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, p. 226.

²¹⁹⁷ Ce qualificatif est employé par les professeurs José Joaquim Gomes Canotilho et Vital Moreira qui qualifient le *Provedor de Justiça* de « provedor plurifuncional » en opposition aux « provedores sectoriais » (*Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 442).

²¹⁹⁸ Le caractère unitaire de l'ombudsman ibérique est très clairement mis en avant par la doctrine portugaise. En ce sens, v. not. : F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 21 ; J. Caupers, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 84 ; M.L. Amaral, « O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 53.

877. A ce titre, l'instauration du Défenseur des droits, en tant qu'elle marque la fin de « l'ère de la spécialisation des autorités administratives indépendantes »²¹⁹⁹, est à l'origine d'une avancée indéniable. Sa compétence globale et non sectorielle se veut une réponse adaptée aux difficultés traditionnellement rencontrées par le citoyen pour déterminer, parmi la myriade d'autorités administratives indépendantes spécialisées dans la protection des droits et libertés, l'autorité habilitée à traiter sa réclamation²²⁰⁰. Bien plus, la mise en place du Défenseur des droits ne se contente pas de compenser le manque de lisibilité du système institutionnel non juridictionnel de garantie. Elle se propose, plus largement, d'y remédier. Résultant d'un processus de fusion d'autorités déjà existantes au sein d'une structure unique, le nouveau Défenseur ne vient pas s'ajouter aux instances non juridictionnelles de garanties préexistantes. Il poursuit une finalité plus ambitieuse consistant à substituer à l'ancien système de protection de type sectoriel un système d'entrée unique de l'ensemble des plaintes intéressant les droits et libertés²²⁰¹.

878. L'apport pour le citoyen est évident. Dans la mesure où une part significative des violations des droits de la personne humaine présentent une portée transversale, c'est-à-dire impliquent plusieurs droits et libertés, les bénéficiaires des droits fondamentaux, par le passé, tentaient leur chance dans plusieurs directions au risque, soit de recevoir des réponses contradictoires, soit, à l'inverse, de se voir opposer une déclaration d'incompétence de la part des institutions saisies²²⁰². « Or, dans le cadre de la nouvelle organisation, le Défenseur des droits traite, par exemple, l'ensemble des questions relatives aux droits de l'enfant, alors que son prédécesseur était tenu de se dessaisir au profit du Médiateur de la République aussitôt qu'une réclamation mettait en cause une administration, une collectivité publique territoriale ou tout autre organisme investi d'une mission de service public, ou au bénéfice de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité lorsqu'était en cause une discrimination à l'égard d'un enfant »²²⁰³. Faisant office de « guichet unique », le Défenseur des droits se présente, en somme, comme l'autorité non juridictionnelle vers laquelle se tourner en cas d'atteinte à une liberté fondamentale par une personne publique ou tout autre organisme privé relevant de son domaine de compétence²²⁰⁴. Il s'ensuit que, dorénavant, le citoyen victime d'une violation de ses droits fondamentaux susceptible de relever de plusieurs chefs de saisine n'a plus à s'interroger, comme c'était le cas par le passé, sur l'institution compétente pour en connaître. Un exemple en ce sens est offert par la question de la scolarisation des élèves en milieu ordinaire dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des

²¹⁹⁹ L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5.

²²⁰⁰ *Ibid.*

²²⁰¹ En cela, la mise en place du Défenseur des droits se propose également de prévenir le délicat problème de la concurrence entre l'ombudsman spécialisé et les autorités sectorielles analogues. Même s'il est vrai que le propos se doit d'être nuancé dès lors que l'ensemble des autorités spécialisées n'ont pas été regroupées en son sein (sur cette question, v. *infra*, n° 1457).

²²⁰² En ce sens, v. R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 511.

²²⁰³ *Ibid.*

²²⁰⁴ A. Dezallai, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932.

personnes handicapées²²⁰⁵. Comme le souligne Dominique Baudis dans le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « celle-ci faisait l'objet de travaux parallèles au sein de la Halde, du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants, chacun au titre des missions qui lui étaient confiées. Désormais, de tels sujets sont d'emblée traités de façon transversale dans l'Institution, en prenant en compte l'ensemble des droits garantis par les différents textes »²²⁰⁶.

2. Une notoriété supérieure à celle des autorités indépendantes sectorielles

879. Clairement identifié comme l'organe compétent pour connaître de l'ensemble des atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux, l'*human rights ombudsman* peut se prévaloir d'une renommée sensiblement supérieure à celle des autorités non juridictionnelles disposant d'une seule compétence sectorielle. La généralité de sa mission, associée à son inscription au cœur même de la norme constitutionnelle, lui permet, en effet, de jouir d'une notoriété faisant largement défaut chez certaines autorités indépendantes²²⁰⁷. Notoriété renforcée par une importante médiatisation de l'institution dont les organes non juridictionnels sectoriels ne sont pas nécessairement appelés à bénéficier²²⁰⁸. Ainsi, au Danemark l'*Ombudsmand* met un point d'honneur à rencontrer la presse chaque semaine. De même, aux Pays-Bas, l'institution consacre environ un quart de son temps aux relations publiques. Ces quelques exemples, relatés par le professeur Victor Moore²²⁰⁹, se révèlent tout à fait éclairant de la place centrale occupée par les médias dans l'activité de l'institution. Et l'ombudsman spécialisé n'échappe pas à la règle. En France, par exemple, l'actuel Défenseur des droits, malgré sa volonté de n'user de l'outil médiatique qu'avec la plus grande prudence²²¹⁰, a effectué quelques interventions télévisées. Dominique Baudis a notamment été interviewé dans le cadre de l'émission *Complément d'enquête*, diffusée sur France 2, le 16 février 2012, consacrée aux forces de sécurité publiques et privées et aux conséquences en cas de manquements à la déontologie. Le Défenseur des droits y a rappelé les pouvoirs dont est dotée l'institution depuis juin 2011, en insistant sur les compétences en matière de déontologie²²¹¹. Quelques semaines plus tard, il répondait aux questions posées par la

²²⁰⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *J.O.* du 12 février 2005, p. 2353.

²²⁰⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 4.

²²⁰⁷ En ce sens, la doctrine française n'a pas manqué de souligner le gain de visibilité et de notoriété pour les autorités regroupées au sein du Défenseur des droits (En ce sens, v. par ex. : B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, p. 226).

²²⁰⁸ A cet égard, les moyens de communication sont clairement appréhendés en Espagne comme des alliés du Défenseur du Peuple (sur ce point, v. F. Vírseada Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 16).

²²⁰⁹ V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 626.

²²¹⁰ A l'occasion de son audition par l'Assemblée Nationale et le Sénat, dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, Dominique Baudis est venu préciser que, selon lui, deux écueils doivent être évités dans l'exercice de ses fonctions : « le premier, c'est la surexposition médiatique qui banalise la parole de l'institution et l'entraîne sur le terrain polémique ; le Défenseur des droits ne doit surtout pas se transformer en imprécateur public pour animer les plateaux de télévision. A l'inverse, l'autre écueil serait de rester entre les quatre murs de son bureau » (Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*).

²²¹¹ « Dominique Baudis interviewé par Benoît Duquesne dans *Complément d'enquête* sur France 2 », 17 février 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

rédaction du 19/20 de France 3 Midi-Pyrénées²²¹². Plus récemment, l'institution française lançait une campagne d'information grand public dans plusieurs quotidiens. Cinq encarts ont, ainsi, été publiés, du 2 au 9 juillet 2012, dans *Le Monde*, *Le Figaro*, *Le Parisien*, *Métro* et *20 Minutes*. L'objectif étant de sensibiliser les citoyens sur leurs droits, de rappeler les missions du Défenseur et d'apporter une plus large visibilité à l'institution de manière à permettre à chacun de la saisir²²¹³.

880. Une telle notoriété confère à l'institution deux atouts majeurs en comparaison aux autorités administratives indépendantes et aux *ombudsmen* sectoriels. D'une part, elle participe à un renforcement de son autorité et de son efficacité. Parlant au nom de l'ensemble des droits fondamentaux et connu du plus grand nombre, l'*human rights ombudsman* peut s'appuyer sur sa notoriété pour donner plus de poids aux solutions qu'il propose. D'autre part, elle favorise une meilleure connaissance de l'institution par les citoyens²²¹⁴. A cet effet, certains *ombudsmen* nationaux, à l'image de l'ombudsman néerlandais, n'ont pas manqué de souligner l'existence d'une relation de cause à effet entre les informations diffusées par les médias à propos de l'action poursuivie par l'institution et le nombre de plaintes réceptionnées par celle-ci²²¹⁵.

3. Une uniformité étrangère aux autorités indépendantes sectorielles

881. La sectorisation, c'est un fait, empêche d'insuffler une unité de sens au processus de protection des droits fondamentaux. Qu'il s'agisse de leur statut, de leur mission ou, encore, de leurs prérogatives, les autorités administratives indépendantes et les *ombudsmen* sectoriels se définissent en fonction d'une importante hétérogénéité, dont l'une des conséquences les plus problématiques réside dans l'impossibilité pour les bénéficiaires des droits fondamentaux de recevoir une protection identique d'une autorité à une autre.

882. A l'inverse, l'ombudsman spécialisé, en tant que structure unitaire et plurifonctionnelle, suppose l'émergence d'une garantie uniforme des droits et libertés²²¹⁶. Jouissant d'une vue d'ensemble privilégiée sur le fonctionnement de l'administration et le système constitutionnel des droits et libertés²²¹⁷, ce dernier favorise, selon les mots du professeur Álvaro Gil-Robles²²¹⁸, la diffusion d'un discours clair et précis préservant les bénéficiaires et les débiteurs des droits fondamentaux de la confusion qui peut résulter d'une

²²¹² « Dominique Baudis, invité du 19/20 Midi-Pyrénées du 02/03/2012 », 5 mars 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

²²¹³ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr/documentation].

²²¹⁴ Etant entendu que si l'ombudsman spécialisé jouit d'une autorité et d'une notoriété supérieure à celles des autorités indépendantes à compétence sectorielle, ces qualités demeurent cependant largement perfectibles (en ce sens, v. *infra*, n° 1362 et ss.).

²²¹⁵ V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 626.

²²¹⁶ En ce sens, v. A. Dezallai, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932.

²²¹⁷ Sur ce point, v. P.-Y. Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », *op. cit.*, p. 59.

²²¹⁸ Á. Gil-Robles « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 36.

protection de type sectorielle. Surtout, le modèle unitaire postule une résolution de l'ensemble des différends selon des modalités identiques et, partant, favorise une égalité de traitement des droits fondamentaux qui fait largement défaut à un système non juridictionnel de garantie fragmenté en une multitude d'institutions.

883. Evidemment, l'affirmation peut laisser quelque peu dubitatif s'agissant du Défenseur des droits. La survivance, sous la forme de collèges, des autorités indépendantes regroupées en son sein ainsi que l'harmonisation imparfaite de ses prérogatives peuvent laisser craindre un déficit d'unité de sens de la protection proposée. Deux facteurs conduisent néanmoins à nuancer le propos.

884. En premier lieu, et tel qu'il a déjà été souligné, le Défenseur des droits demeure une structure fortement personnalisée. Tandis que les adjoints se trouvent placés sous l'autorité du représentant de l'institution et, de ce fait, ne sauraient être considérés comme des « défenseurs-adjoints », les collèges ne détiennent qu'un rôle consultatif dont les délibérations ne lient en aucune façon le Défenseur²²¹⁹. Dans ces conditions, rien ne semble empêcher l'ombudsman français d'impulser, à l'identique de ses homologues espagnol et portugais, une protection uniforme des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs la conception que semble se faire Dominique Baudis de l'institution. A l'occasion de son audition par l'Assemblée Nationale et le Sénat, celui-ci a insisté sur le fait que « *les adjoints doivent autant que possible travailler ensemble autour du Défenseur des droits afin que l'institution apprenne à parler le même langage au service des droits et libertés* »²²²⁰.

885. En second lieu, il a été donné l'occasion de constater que le défaut d'harmonisation des prérogatives attribuées au Défenseur des droits demeure somme toute relatif. Exception faite de la possibilité de recommander les termes d'une transaction pénale, qui demeure limitée à la mission de lutte contre les discriminations, et de la faculté, réservée au domaine de la déontologie et de la sécurité, de procéder à des vérifications sur place dans des locaux publics sans que l'autorité compétente puisse s'y opposer, les compétences du Défenseur ont effectivement été alignées vers le haut et homogénéisées. De plus, et comme le souligne le Secrétaire général du Défenseur des droits, Richard Senghor, rien n'empêche l'institution, lorsqu'elle se trouve saisie d'une demande concernant deux voire trois des missions qui lui sont dévolues, d'user d'une prérogative, en principe réservée à l'une de ces missions, pour résoudre le litige dans son intégralité²²²¹. Aussi est-il tout à fait envisageable que le Défenseur des droits, saisi, par exemple, d'une requête dénonçant une atteinte aux droits de l'enfant et au principe de non discrimination, traite la réclamation sur le terrain de la lutte contre les discriminations afin de mettre en œuvre une procédure de transaction pénale.

886. Conçu pour compléter le système institutionnel de protection des droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman*, fort de sa configuration atypique, se propose, en définitive, de

²²¹⁹ En ce sens, v. J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 443.

²²²⁰ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

²²²¹ Entretien tenu à Paris le 8 décembre 2011, *op. cit.*

compenser l'insuffisance de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie. Disposant de qualités étrangères au Parlement et aux autorités non juridictionnelles à compétence sectorielle, proposant une protection par essence différente de celle du juge, l'ombudsman spécialisé offre effectivement la possibilité de combler les espaces vides laissés par les mécanismes tant juridictionnels que non juridictionnels de garantie et, ce faisant, favorise l'émergence d'un système de garantie des droits et libertés complet. Cette vertu de renforcement du système institutionnel de garantie s'exprime, de surcroît, au regard de la fonction de collaborateur des autres instances de défense des droits et libertés assumée par l'ombudsman spécialisé.

Section 2 – Un collaborateur des mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux

887. Classiquement définie comme l'action de participer avec autrui à l'élaboration d'une œuvre commune, la notion de collaboration reflète on ne peut mieux les rapports qu'entretient l'*human rights ombudsman* avec les autres organes de protection des droits fondamentaux. Partageant avec les mécanismes classiques de garantie une fonction commune de défense des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé, loin de concurrencer la protection proposée par lesdits mécanismes, apparaît, au contraire, comme une institution susceptible d'en promouvoir l'efficacité. Deux facteurs en témoignent. D'un côté, la faculté de l'ombudsman spécialisé à catalyser le contrôle opéré par les autres instances de garantie (§ 1). D'un autre côté, l'aptitude de l'institution à remédier à certaines lacunes affectant la protection offerte par le juge et, ainsi, à renforcer la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux (§ 2).

§ 1. Un catalyseur de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie

888. Au service de la protection offerte par les instances traditionnelles de garantie, l'*human rights ombudsman* dispose non seulement de la faculté d'impulser le contrôle opéré par le juge, mais également celui exercé par le Parlement, voire, dans une certaine mesure en France, les autorités administratives indépendantes. Salutaire, cette fonction d'impulsion présente d'autant plus d'intérêt que, dépourvu de moyens de contrainte, l'*human rights ombudsman* peut trouver à travers ces institutions un relais opportun lorsque sa seule magistrature d'influence se montre insuffisante²²²². Certes, en France, une partie de la doctrine a exprimé quelques doutes quant à la capacité réelle du Défenseur des droits à s'ériger en catalyseur des mécanismes classiques de garantie. Antonin Gelblat, notamment, considère que « *la nouvelle institution s'inscrit dans une certaine tradition française. Alors qu'elle était l'occasion de renforcer la collaboration entre les organes législatif, exécutif et judiciaire, le Défenseur devrait au final rester assez isolé tant à l'égard du Parlement qu'à l'égard du Conseil constitutionnel* »²²²³. Exprimé avant l'adoption de la loi organique relative au Défenseur des droits, ce point de vue n'emporte que partiellement l'adhésion. Si la

²²²² En ce sens, v. : A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, p. 321 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 92 ; Y. Rodriguez, « "Le Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *op. cit.*, p. 1231.

²²²³ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 52.

collaboration entre l'ombudsman français et les autres organes de protection ne saurait être aussi intense que sur la péninsule ibérique, le rôle du Défenseur des droits en la matière est loin de confiner à la nullité absolue. A l'instar du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, le Défenseur des droits parvient à dynamiser le contrôle opéré par les autres mécanismes, aussi bien juridictionnels (A) que non juridictionnels (B), de garantie.

A. Un catalyseur de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux

889. A l'occasion d'une étude publiée en 1990, Bernard Stirn, affirmait que les juridictions « n'ont pas [...] à redouter les autres instances de régulation : une collaboration réciproque fait de ces dernières un facteur d'enrichissement pour le juge »²²²⁴. A l'évidence, l'affirmation s'exprime avec une acuité particulière s'agissant de l'*human rights ombudsman*. Indépendamment du fait que les recommandations qu'il adresse peuvent être invoquées par le juge à l'appui de ses raisonnements²²²⁵, l'ombudsman spécialisé, fort de ses prérogatives semi-contentieuses, se présente, en effet, comme un catalyseur indiscutable de la garantie juridictionnelle²²²⁶. De telles prérogatives, en même temps qu'elles offrent la possibilité à l'ombudsman de compenser son absence de pouvoirs contraignants²²²⁷, favorisent, à n'en pas douter, l'instauration d'une étroite collaboration avec le juge, source d'enrichissement du contrôle opéré par ce dernier. Elles se veulent, notamment, une réponse adaptée aux difficultés liées à l'incapacité du juge de se saisir d'office²²²⁸. Disposant, pour sa part, d'une faculté d'action d'office, l'*human rights ombudsman* est effectivement susceptible de saisir le juge dès l'instant où les titulaires classiques des droits fondamentaux renoncent à l'exercice de leur droit au recours juridictionnel. Par ailleurs, il importe de souligner que l'ombudsman spécialisé, en tant qu'il jouit d'une position difficilement égalable d'observateur privilégié de l'ordonnement juridique, s'avère particulièrement bien placé pour détecter et porter à la

²²²⁴ B. Stirn, « ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *op. cit.*, p. 592.

²²²⁵ Rien ne semble, à tout le moins, empêcher une telle pratique dès lors que, comme le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport relatif à la Sécurité juridique et à la complexité du droit, les juridictions constitutionnelles européennes et la Cour européenne des droits de l'homme s'inspirent parfois des recommandations du Conseil de ministres du Conseil de l'Europe pour rendre leurs décisions (*Sécurité juridique et complexité du droit*, *op. cit.*, p. 245). De même, Stéphane Gerry-Vernières rapporte que si « la précarité contentieuse des "petites" sources, lesquelles sont régulièrement écartées des débats, ne saurait être niée » (*Les « petites » sources du droit*). *A propos des sources étatiques non contraignantes*, *op. cit.*, p. 166 et, plus largement, pp. 428 et ss.), la Cour de cassation et le Conseil d'Etat intègrent parfois les recommandations des autorités administratives indépendantes dans le fondement de leurs décisions. C'est ainsi que le juge judiciaire et le juge administratif se réfèrent aux recommandations des autorités de santé relative à l'obligation faite au médecin de prescrire des soins conformes aux données acquises de la science pour évaluer le comportement du praticien (*ibid.*, pp. 169-170). Dans une perspective similaire, le tribunal de grande instance de Versailles a pu juger que « si l'employeur est fondé à réglementer l'usage d'internet au sein de l'entreprise, les recommandations de la Commission Nationale Informatiques et libertés mettent en évidence l'existence d'un usage dans les entreprises qui admet qu'une interdiction absolue à des fins non professionnelles n'est pas raisonnable et qu'est admis un usage raisonnable de ce système à des fins personnelles » (T.G.I. Versailles, 18 mars 2003, jurisdata n° 2003-231123).

²²²⁶ Sur ce point, v. M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, p. 103.

²²²⁷ En ce sens, v. par ex. M. Ruiz Cézár, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2476.

²²²⁸ Inerte de sa nature (v. *supra*, n° 319), le contrôle juridictionnel, on l'a vu, court en permanence le risque d'être réduit à néant. Il suffit pour cela que le justiciable ou les autorités politiques de saisine s'abstiennent d'user de leur droit au recours.

connaissance du juge les atteintes portées aux droits fondamentaux. En cela, il se révèle en mesure de promouvoir le contrôle opéré par le juge, tant constitutionnel (1) qu'ordinaire (2).

1. Un catalyseur du contrôle opéré par la juridiction constitutionnelle

890. Pièce maîtresse du système institutionnel contemporain de garantie, la justice constitutionnelle se présente, de toute évidence, comme un instrument déterminant de la protection des droits fondamentaux. Parce que, sans sa présence, les droits et libertés inscrits au sein de la Constitution courent le risque de demeurer au rang de simples déclarations d'intentions, le contrôle de la constitutionnalité des normes constitue un élément consubstantiel de la « fondamentale », sans la présence duquel les droits de la personne humaine ne sauraient véritablement exister. Or, l'ombudsman spécialisé, en raison de sa capacité à impulser le contrôle opéré par la juridiction constitutionnelle, est susceptible d'œuvrer en faveur du développement d'une justice constitutionnelle de qualité.

891. Sur ce point, les choses se manifestent néanmoins sous un angle sensiblement différent selon le système juridique considéré. En France, la faculté, au demeurant hypothétique, du Défenseur des droits de soulever une question prioritaire de constitutionnalité, dans le cadre des observations écrites ou orales qu'il est amené à présenter à l'occasion d'une instance en cours, offre des perspectives de collaboration avec la juridiction constitutionnelle sensiblement plus réduites que les attributions semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel dont disposent le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. Outre le fait qu'une telle prérogative ne permet pas au Défenseur des droits de s'adresser directement au Conseil constitutionnel, son effectivité se trouve non seulement compromise par les aléas liés au filtre des juridictions ordinaires, mais, de surcroît, conditionnée par l'existence d'un procès devant le juge ordinaire. Ce faisant, la réunion des conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette attribution échappe dans une large mesure à la maîtrise du Défenseur des droits. Elle conserve néanmoins un intérêt certain dans la mesure où le Défenseur des droits, en tant qu'observateur privilégié de l'ordonnancement juridique, se révèle particulièrement armé pour détecter les changements de circonstances de droit ou de faits. Or, c'est là une condition de transmission de la question par les juridictions suprêmes lorsque la disposition législative a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel²²²⁹.

892. Il n'en demeure pas moins évident que les prérogatives semi-contentieuses attribuées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, dès lors qu'elles permettent une saisine directe du Tribunal constitutionnel, offrent des perspectives de collaboration avec la juridiction constitutionnelle sensiblement plus élevées. La plus grande prudence anime cependant les *ombudsmen* ibériques dans l'utilisation de ces prérogatives extraordinaires²²³⁰.

²²²⁹ Art. 23-2.1° de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *op. cit.* Sur cette question, le lecteur pourra utilement se référer au commentaire de M. Lacombe, *in Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 817.

²²³⁰ En ce sens, v. not. : C. Luna Abella, « Artículo 29 », *op. cit.*, p. 745 ; *Provedor de Justiça, Relatório da actividade ano 1993*, *Provedoria de Justiça*, p. 168 [en ligne]. Disponible sur [www.provedor-jus.pt] ; J. Ruiz-

A l'origine de nombreuses critiques doctrinales, de telles attributions, aussi indispensables soient-elles, apparaissent porteuses de certains dangers, en tête desquels un risque de politisation de l'institution²²³¹. C'est pourquoi le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se sont efforcés d'en conditionner strictement l'usage, à commencer par la possibilité de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité. En cette matière, les deux institutions entendent limiter l'essentiel de leur activité à la défense des droits fondamentaux²²³². A ce titre, la position du Défenseur du Peuple s'écarte quelque peu de celle du Tribunal constitutionnel espagnol qui considère, depuis sa décision, déjà identifiée, du 15 novembre 2000, que la compétence de l'ombudsman en matière de recours en inconstitutionnalité englobe l'ensemble de la Constitution sans limitation aucune aux seuls droits et libertés consacrés dans son titre premier²²³³. Animé par le souci de ne pas s'immiscer dans des conflits strictement politiques²²³⁴, le Défenseur du Peuple se refuse d'user de sa compétence de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité dès l'instant où une autorité politique est également légitime pour le faire ou que la question relève d'un problème d'attributions de compétences entre les entités publiques²²³⁵. En somme, en vue de préserver son indépendance et sa neutralité, le Défenseur du Peuple évite d'entrer dans des considérations qui le conduiraient à se voir accuser d'opportunisme politique²²³⁶.

893. Quant aux conditions d'utilisation de l'*amparo* constitutionnel et du recours en omission, elles s'avèrent guidées par un même souci de prudence. En Espagne, de telles conditions, précisées dès le premier rapport annuel de l'institution de 1983, conduisent le Défenseur du Peuple à limiter l'usage du recours d'*amparo* aux seules hypothèses de violations avérées des droits fondamentaux ou lorsqu'il a la certitude que la personne affectée dans ses droits et libertés n'est pas en mesure de recourir au Tribunal constitutionnel par ses propres moyens²²³⁷.

894. Au Portugal, bien que le *Provedor de Justiça* n'ait toujours pas tranché la question de savoir si l'usage du recours en inconstitutionnalité par omission doit se limiter à la seule concrétisation des normes constitutionnelles intéressant les droits fondamentaux, celui-ci est venu préciser que le défaut de concrétisation de la Constitution allégué doit résulter de la

Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 329 ; J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 306.

²²³¹ Sur ces questions, v. *supra*, n° 760.

²²³² Sur ce point, v. par ex. : M. Díaz Crego, « Defensor del Pueblo y justicia constitucional : entre la declaración de intenciones y el exceso competencial », *op. cit.*, p. 328 ; M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 54 ; Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 483 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 733 ; I. Torres Muro, « Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal constitucional », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 116.

²²³³ STC 274/2000 du 15 novembre 2000, *op. cit.*

²²³⁴ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 20.

²²³⁵ Sur ces questions, v. M. Díaz Crego, « Defensor del Pueblo y justicia constitucional : entre la declaración de intenciones y el exceso competencial », *op. cit.*, pp. 327-328.

²²³⁶ Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 254.

²²³⁷ En ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 21.

violation d'une norme constitutionnelle et que ladite norme ne doit pas être applicable par elle-même²²³⁸.

895. Il découle de cet encadrement que les prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel attribuées aux *ombudsmen* ibériques font l'objet d'une utilisation relativement modérée en pratique. Etant entendu que l'état du droit positif portugais et espagnol ne saurait, pour autant, être placé sur le même plan. A une saisine épisodique en Espagne correspond une saisine sensiblement plus importante au Portugal, conséquence immédiate de l'absence de recours équivalent à l'*amparo* espagnol²²³⁹. A savoir que, en l'absence de recours constitutionnel direct au Portugal, le *Provedor de Justiça* reçoit plus de demandes de saisine de la juridiction constitutionnelle que son homologue espagnol et, par conséquent, plus régulièrement amené à user de ses prérogatives semi-contentieuses. Les chiffres parlent d'eux-mêmes²²⁴⁰.

896. En Espagne, le Défenseur du Peuple, depuis sa création, a seulement saisi le Tribunal constitutionnel de 25 recours en inconstitutionnalité. Quant au recours d'*amparo*, la saisine de la juridiction constitutionnelle se veut encore plus occasionnelle puisque le Défenseur n'en a fait usage qu'à 10 reprises. Sans compter que l'ensemble de ces recours ont été introduits durant la première décennie de fonctionnement de l'institution²²⁴¹. En conséquence de quoi l'usage du recours d'*amparo* par l'ombudsman espagnol revêt un caractère largement discontinu²²⁴². Sans doute faut-il voir là une conséquence de la possibilité donnée aux citoyens de s'adresser directement à la juridiction constitutionnelle en la matière.

897. Au Portugal, une lecture approfondie des rapports annuels adoptés par le *Provedor de Justiça* entre 1976 et 2010 indique que celui-ci a déclenché 201 fois une procédure de contrôle de constitutionnalité abstrait des normes. Il n'empêche qu'avec une moyenne d'un peu moins de six recours par an, l'usage de cette prérogative semi-contentieuse, en perte de vitesse depuis le début des années 2000²²⁴³, demeure assez mesuré. Et ce n'est pas l'activité de l'institution en matière de recours en inconstitutionnalité par omission qui permet d'affirmer le contraire. Avec seulement 7 recours introduits en ce sens jusqu'à présent²²⁴⁴, l'exercice de cette prérogative s'avère exceptionnel quoique significatif²²⁴⁵.

²²³⁸ En ce sens, v. Provedor de Justiça, 12°. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República*, Serviço do Provedor de Justiça, 1987, pp. 48-53.

²²³⁹ P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, op. cit., p. 83.

²²⁴⁰ Les données statistiques sur cette question se trouvent reproduites sous forme de tableau à l'annexe 7.

²²⁴¹ *Ibid.*

²²⁴² En ce sens, v. F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 76.

²²⁴³ Avec 16 recours en inconstitutionnalité introduits par le *Provedor de Justiça* entre 2001 et 2010, le nombre moyen de recours pour ces dix dernières années n'est plus que de 1,6 par an.

²²⁴⁴ Sur ce point, v. M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, op. cit., pp. 151 et ss.

²²⁴⁵ Le *Provedor de Justiça* se trouve toutefois à l'origine de 87,5% des saisines du Tribunal constitutionnel en cette matière puisque seulement un autre recours par omission a été introduit à l'initiative du Conseil de la révolution.

898. Conduisant certains auteurs à parler de *self restraint*²²⁴⁶, le faible nombre de recours introduits jusqu'à présent par l'ombudsman ibérique ne doit pas, pour autant, occulter les avancées notables dont est porteuse cette activité semi-contentieuse pour les droits et libertés. Deux facteurs en témoignent.

899. En premier lieu, les recours introduits par l'ombudsman aboutissent fréquemment au prononcé de déclarations d'inconstitutionnalité²²⁴⁷. Ainsi, en Espagne, 9 des 10 recours d'*amparo* introduits par le Défenseur ont été octroyés par le Tribunal constitutionnel²²⁴⁸, tandis que sur les 17 recours en inconstitutionnalité effectivement tranchés par le Tribunal constitutionnel²²⁴⁹ 10 se trouvent à l'origine d'une déclaration d'inconstitutionnalité²²⁵⁰. De même, au Portugal, sur l'ensemble des recours en inconstitutionnalité introduits par le *Provedor* jusqu'en 2006, 43% ont fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité²²⁵¹. Quant aux inconstitutionnalités par omission, si seulement 2 des 7 demandes adressées ont donné lieu à un constat d'omission, parmi les 5 restantes 4 se trouvent à l'origine d'une extinction de l'instance pour disparition de l'objet du recours, les dispositions législatives manquantes ayant été adoptées avant que le juge n'ait statué²²⁵². De toute évidence, il faut voir là une illustration de l'idée selon laquelle le seul fait d'introduire un recours par omission suffit bien souvent à encourager l'intervention du législateur²²⁵³.

900. En second lieu, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées contribuent généralement à des avancées substantielles notables, et ce dans la plupart des matières intéressant les droits de la personne humaine. S'agissant, tout d'abord, des procédures de contrôle abstrait des normes déclenchées par les *ombudsmen* ibériques, elles ont donné lieu à des déclarations d'inconstitutionnalité dans des domaines aussi divers et variés que les libertés individuelles, les libertés collectives ou, encore, les droits sociaux créances. En Espagne, ont, par exemple, été déclarées inconstitutionnelles, au motif de leur contrariété avec les principes constitutionnels d'égalité, de pluralisme et de liberté syndicale, les dispositions de la loi du 10 mars 1980 accordant des privilèges matériels aux seules centrales syndicales majoritaires²²⁵⁴.

901. Au Portugal, l'activité semi-contentieuse du *Provedor de Justiça* se trouve à l'origine de déclarations d'inconstitutionnalité non seulement dans le domaine des droits, libertés et

²²⁴⁶ V. par ex. L. Aguiar de Luque, « Defensor del Pueblo », in M. Aragón Reyez (Dir.), *Temas básicas de Derecho constitucional*, tomo III, Civitas, 2001, p. 231.

²²⁴⁷ En ce sens, Margarita Retuerto Buades souligne que le Défenseur du Peuple est « une institution qui, dans l'exercice de sa pleine indépendance, a présenté des recours contre plusieurs lois qui portaient atteinte aux droits fondamentaux de la personne, obtenant à plusieurs reprises, de la Cour constitutionnelle, la reconnaissance de ses thèses et l'annulation des préceptes allant à l'encontre de la Constitution » (« Le médiateur de l'Espagne », *op. cit.*, pp. 46-47.).

²²⁴⁸ Sachant que le recours restant a fait l'objet d'un désistement du Défenseur du Peuple.

²²⁴⁹ Parmi les 8 recours restants, on dénombre 5 attentes de jugements, 2 désistements du Défenseur du Peuple et une extinction de l'instance pour disparition de l'objet du recours.

²²⁵⁰ Sources : Centro de documentación y publicaciones del Defensor del Pueblo, [en ligne]. Disponible sur [www.defensordelpueblo.es].

²²⁵¹ En ce sens, v. M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 190.

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ *Ibid.*, p. 60.

²²⁵⁴ En ce sens, v. STC 20/1985 du 14 février 1985, *B.O.E.* du 5 mars 1985.

garanties²²⁵⁵, mais également en matière de droits économiques et sociaux, tels que le droit à la santé ou les droits des travailleurs²²⁵⁶. En matière d'*amparo*, ensuite, le Tribunal constitutionnel espagnol a eu l'occasion de faire application du droit à un recours juridictionnel effectif²²⁵⁷ ainsi que du droit pour tout citoyen d'obtenir des prestations sociales suffisantes pour faire face à des situations de nécessité, spécialement en cas de chômage²²⁵⁸. Concernant, enfin, les deux inconstitutionnalités par omission constatées par le Tribunal constitutionnel portugais, la première intéressait l'absence de dispositions législatives de nature à garantir l'effectivité de l'article 35 de la Constitution, relatif à la protection des données personnelles en matière informatique²²⁵⁹, la seconde l'absence partielle de législation dans le domaine du droit aux prestations chômage des fonctionnaires et agents de l'administration publique, prévu par l'article 59-e) de la Constitution²²⁶⁰.

902. Dans ces conditions, l'activité semi-contentieuse de l'ombudsman spécialisé, bien que modérée sur un plan strictement quantitatif, contribue sans nul doute au développement d'une justice constitutionnelle de qualité. Cette vertu de promotion de la protection juridictionnelle s'exprime également à l'adresse du juge ordinaire.

2. Un catalyseur du contrôle opéré par les juridictions ordinaires

903. S'interrogeant, en 1974, sur les rapports entre le Médiateur de la République et le juge administratif, le professeur Robert Pierot concluait que le Médiateur, loin de constituer un rival superflu de la juridiction administrative, s'érige, au contraire, en allié de celle-ci²²⁶¹. Confirmée par la pratique, cette conclusion vaut également pour l'*human rights ombudsman*. Les prérogatives de saisine du juge ordinaire mises à la disposition de l'institution en sont une illustration éclatante. Diverses et variées, de telles prérogatives, dont la teneur diffère sensiblement d'un système juridique à l'autre, favorisent l'émergence d'une fonction d'appui et de dynamisation de la garantie des droits et libertés offerte par les juridictions ordinaires²²⁶².

904. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation faite à l'ombudsman spécialisé d'informer le Ministère public des faits constitutifs d'une infraction pénale portés à sa connaissance afin que ce dernier initie les procédures judiciaires adaptées. Seule hypothèse de saisine du juge ordinaire commune aux trois institutions objets de l'étude, cette prérogative semi-contentieuse offre, sans nul doute, des perspectives de collaboration intéressantes entre l'*human rights ombudsman* et la juridiction pénale. A partir du moment où la surveillance de l'administration occupe une place centrale dans l'activité de l'ombudsman, celui-ci se révèle, en effet,

²²⁵⁵ Sur ce mouvement jurisprudentiel, v. M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, pp. 73-110.

²²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 110-128.

²²⁵⁷ STC 178/1987 du 11 novembre 1987, *B.O.E.* du 10 décembre 1987.

²²⁵⁸ STC 209/1987 du 22 décembre 1987, *B.O.E.* du 8 janvier 1988.

²²⁵⁹ Acórdão 182/1989 du 1^{er} février 1989, *op. cit.*

²²⁶⁰ Acórdão 474/2002 du 19 novembre 2002, *op. cit.*

²²⁶¹ R. Pierot, « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », *op. cit.*, p. 698.

²²⁶² En ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 101.

particulièrement bien placé pour déceler les attitudes des fonctionnaires constitutives de crimes ou de délits. Aussi est-il en mesure d'endosser un rôle d'informateur privilégié du Ministère public de comportements administratifs pénalement répréhensibles et vis-à-vis desquels sa seule magistrature d'influence se révèle globalement inadaptée. Par ailleurs, et comme le fait remarquer le professeur André Legrand, la faculté dont jouit l'ombudsman de saisir la juridiction répressive présente l'intérêt de donner « *un certain caractère public aux motifs de poursuivre ou de ne pas poursuivre un agent déterminé* »²²⁶³.

905. La possibilité offerte au Défenseur du Peuple de saisir le juge d'instruction compétent en matière de recours en *habeas corpus* s'avère encore plus remarquable. Favorable à l'instauration d'une étroite collaboration entre les deux institutions en vue de garantir l'effectivité des libertés individuelles, cette prérogative semi-contentieuse peut, évidemment, se révéler, à première vue, décevante sur le plan pratique. Avec seulement deux recours introduits à ce jour par le Défenseur du Peuple, l'activité de l'institution en la matière apparaît, pour le moins, anecdotique. Elle n'en demeure pas moins porteuse de résultats certains dans la mesure où ces deux recours ont fait l'objet d'un accueil favorable de la part du juge²²⁶⁴.

906. Le premier, présenté en 1988, concernait des citoyens de nationalité iranienne détenu par le Commissariat de l'aéroport de Madrid-Barajas auxquels avait été refusée l'assistance juridique d'un avocat afin d'effectuer une demande d'asile auprès des autorités espagnoles. Le juge d'instruction compétent fit droit au recours introduit par le Défenseur du Peuple et reconnu le droit de bénéficier du conseil d'un avocat pour les citoyens étrangers.

907. Le second, introduit en 1995, intéressait une citoyenne étrangère qui, initialement placée dans un centre de rétention, avait été conduite vers un aéroport en vue de son expulsion. Refusant à deux reprises d'embarquer, elle avait apparemment été bâillonnée et ligotée avec du ruban adhésif. Dans sa réclamation, le Défenseur du Peuple demandait au juge que les fonctionnaires en charge de la surveillance de la citoyenne étrangère soient remplacés et entendus afin de s'assurer de la véracité des faits allégués. La demande du Défenseur fut également accueillie favorablement par le juge d'instruction.

908. De plus, il ne faudrait pas déduire de cet usage épisodique de la procédure d'*habeas corpus* par le Défenseur du Peuple que l'institution espagnole se désintéresse des hypothèses de privation de liberté. En réalité, la seule prise de contact avec les responsables gouvernementaux des différents commissariats et centres de détention suffit généralement à la remise en liberté des personnes illégalement placées en détention²²⁶⁵.

909. Dans un tout autre registre, l'article 32-1 du statut du 9 avril 1991, en permettant au *Provedor de Justiça*, lorsqu'il constate qu'une réclamation dont il est saisi fait également

²²⁶³ A. Legrand, « Médiateur », *op. cit.*, p. 8.

²²⁶⁴ En ce sens, v. Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, pp. 346-347.

²²⁶⁵ En ce sens, v. M. Chacón Alonso, in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, *op. cit.*, pp. 261-262.

l'objet d'un recours gracieux ou contentieux, de transmettre la plainte à l'autorité compétente, constitue, à son tour, un instrument de coopération institutionnelle intéressant. Appréhendé par le professeur André Salgado de Matos comme la pierre angulaire du système de collaboration entre le *Provedor* et les autres mécanismes de garantie des droits fondamentaux²²⁶⁶, l'article 32-1 ne permet certes pas à l'ombudsman portugais d'exercer une véritable fonction d'impulsion du contrôle juridictionnel. Supposant que le juge a déjà été saisi, ce dispositif autorise seulement le *Provedor de Justiça* à sa dessaisir de certaines réclamations en faveur de l'autorité juridictionnelle. Il n'en favorise pas moins le développement d'un système de protection des droits fondamentaux cohérent et efficace. Offrant au *Provedor* la possibilité d'opérer un tri entre les différentes plaintes dont il est saisi et, ce faisant, de décharger son prétoire d'un certain nombre de réclamations²²⁶⁷, l'article 32-1 permet, surtout, à l'ombudsman portugais de laisser libre champ au juge dès lors qu'il considère que son contrôle est plus apte à remédier à la violation dénoncée. C'est évidemment là une assez lourde responsabilité placée entre les mains du *Provedor de Justiça*, qui présente l'avantage d'anticiper l'adoption de solutions contradictoires ou divergentes.

910. Mais c'est très certainement en France que les perspectives de collaboration entre l'*human rights ombudsman* et le juge ordinaire demeurent les plus intéressantes. Outre que le Conseil d'Etat est appelé à participer au développement de l'action du Défenseur des droits²²⁶⁸, ce dernier, eu égard à sa faculté de présenter des observations écrites ou orales à l'occasion d'une instance en cours, se révèle en mesure d'insuffler une dynamique nouvelle à la garantie juridictionnelle, en portant, par exemple, à la connaissance du juge des éléments susceptibles de l'éclairer en vue de traiter les requêtes dont il est saisi. Héritée de la HALDE, cette capacité de l'institution française à formuler des observations devant les juridictions ordinaires, parfois assimilée²²⁶⁹, à tort, au mécanisme de l'*amicus curiae*²²⁷⁰, constitue un

²²⁶⁶ A. Salgado de Matos, « O Provedor de Justiça e os meios administrativos e jurisdicionais de controlo da actividade administrativa », *op. cit.*, p. 195.

²²⁶⁷ *Ibid.*, p. 191.

²²⁶⁸ C'est par exemple le cas lorsque le Défenseur des droits demande, sur le fondement de l'article 19 de la loi organique du 29 mars 2011, au Vice-président du Conseil d'Etat ou au Premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toute étude (Pour des études détaillées de cette compétence, héritée de l'ancien Médiateur de la République, le lecteur pourra utilement se référer à : G. Braibant, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *A.J.D.A.*, 1977, pp. 287 et ss. ; J.-P. Costa, « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'Etat », *R.A.*, 1985, p. 543). Ou, encore, lorsque le Défenseur, saisi d'une réclamation, non soumise à une autorité juridictionnelle, qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, consulte, aux termes de l'article 31 de la loi organique, le Conseil d'Etat afin d'obtenir un avis susceptible d'être rendu public. Permettant au Défenseur des droits de lever les incertitudes sur les questions de fait ou de droit que soulèvent les plaintes dont il est saisi, les avis et les rapports du Conseil d'Etat, fournissent, de surcroît, à l'institution des arguments à faire valoir auprès de l'administration et, ce faisant, participent d'un renforcement de son autorité (B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, pp. 103-104).

²²⁶⁹ En ce sens, v. V. Niore, « Le droit de la HALDE à être entendue par les juridictions civiles, pénales ou administratives est-il contraire aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *La revue de l'avocat conseil d'entreprises*, 2008, n° 103, p. 53.

²²⁷⁰ Cette expression désigne la « personnalité faisant autorité dans un domaine d'activité et qu'une juridiction prend l'initiative [...] d'entendre comme "ami de la cour" (et non comme témoin ou expert), pour connaître son opinion sur le problème débattu devant elle, en vue de garantir, grâce à ses lumières, un procès équitable » (S. Guinchard (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 57). Or, l'attribution de cette qualité à la Haute autorité de lutte contre les discriminations n'emporte pas la conviction dès lors que, d'une part, « la HALDE ne s'exprime pas nécessairement en tant que spécialiste de la discrimination en générale » (S. Sereno, « L'audition

catalyseur indiscutable du contrôle juridictionnel. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à l'usage d'un tel dispositif par l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. On songera, par exemple, à son intervention dans le cadre de la décision de la Cour d'appel de Paris en date du 2 juillet 2007. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui demandait l'annulation de son licenciement justifié, selon lui, par sa qualité de délégué syndicale. Après avoir saisi la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité qui, après enquête, avait conclu à la discrimination syndicale, ce dernier intenta une action en justice à l'occasion de laquelle la Haute autorité, ainsi que la loi l'y autorise, présenta ses observations devant la Cour d'appel de Paris²²⁷¹. La Cour d'appel annula le licenciement et ordonna la réintégration du salarié²²⁷². Confirmée, à la suite d'un pourvoi de l'employeur, par la Cour de cassation²²⁷³, cette décision témoigne de l'apport pour la protection juridictionnelle de la possibilité donnée au Défenseur des droits à être entendu par le juge.

911. Evidemment, il serait quelque peu hasardeux d'affirmer que, sans l'intervention de la Haute autorité, la Cour d'appel n'aurait pas rendue une solution identique. Pour autant, et comme le souligne Alexia Gardin, la HALDE, grâce à « *sa connaissance des mécanismes de discrimination en général ou de la situation de la partie prétendument victime qu'elle aura accompagnée avant le procès* » se présente comme « *une personne particulièrement qualifiée pour éclairer le juge sur le litige à trancher* »²²⁷⁴. La Cour administrative d'appel de Nîmes, elle-même, dans un arrêt du 9 février 2010, précise que les expertises de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont susceptibles « *d'apporter un approfondissement certain et indiscutable aux débats quant aux circonstances de fait et quant à la portée exacte en la cause [d'une] jurisprudence* »²²⁷⁵. Dans ces conditions, l'attribution au Défenseur des droits d'une prérogative équivalente d'intervention devant le juge ordinaire,

de droit de la HALDE confrontée au principe d'égalité des armes – dans la perspective du projet de loi relatif au Défenseur des droits », *R.R.J., Droit prospectif*, 2010, n° 3, p. 1305), d'autre part, « *l'amicus curiae est un mécanisme procédural au service du processus juridictionnel qui n'ouvre aucun droit à participer* » (S. Menetrey, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2010, p. 244). En somme, l'*amicus curiae* postule, à l'image du dispositif prévu par l'article R. 625-3 du code de justice administrative, que le consultant soit invité par la juridiction à présenter des observations. Or, la HALDE, à l'identique du nouveau Défenseur des droits, pouvait exercer son droit de présenter des observations de sa propre initiative. Evidemment certains auteurs se sont essayés à proposer d'autres qualifications afin de déterminer le régime d'intervention de la Haute autorité. On songera, par exemple, aux notions d'« intervention volontaire » ou de « technicien ». Mais, à la vérité, il semble possible d'affirmer, avec Serge Petit et Carine Cohen, « *qu'aucune figure processuelle existante ne semble adaptée au rôle que peut jouer la HALDE dans le procès aussi bien civil que pénal tant son intervention est particulière* » (« La Halde a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *D.*, 2008, p. 1522). La dernière tentative de qualification en date, à savoir celle de « partie intervenante », proposée par certaines Cour d'appel, ayant fait l'objet d'une condamnation sans équivoque par la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt *Yusen air & Sea service* (Cass. soc., 2 juin 2010, *op. cit.*).

²²⁷¹ Délib. n° 2007-188 du 2 juillet 2007 – non accessible sur le site de la Halde.

²²⁷² C.A. Paris, 2 juillet 2007, req. n° 05/08756.

²²⁷³ Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service*, *op. cit.*

²²⁷⁴ A. Gardin, « La HALDE face aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes » in P. Adam et B. Bossu (Dir.), « Chronique de droit du travail (3^e partie) », *Petites affiches*, 2011, n° 114, p. 7.

²²⁷⁵ C.A. Nîmes, 9 février 2010, req. n° 08/03582.

prérogative susceptible d'intéresser les délégués du Défenseur²²⁷⁶, se révèle on ne peut plus salubre. Et ce d'autant plus qu'une telle faculté, qui devrait, conformément au souhait du professeur Jean Waline²²⁷⁷, également trouver à s'exercer devant la Cour européenne des droits de l'homme²²⁷⁸, fait l'objet d'un accueil globalement favorable de la part des juridictions. A travers sa *jurisprudence Yusen air & Sea service*, déjà citée, la Cour de cassation a notamment rejeté la thèse de l'inconventionnalité de l'audition de droit de la Haute autorité de lutte contre les discriminations en précisant que, dès l'instant où le principe du contradictoire est respecté, une telle faculté ne méconnaît pas les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes²²⁷⁹. De même, le Conseil d'Etat a jugé, en qualité de juge de cassation, qu'une cour administrative d'appel n'avait pas « *méconnu les exigences du procès équitable découlant de l'article 6 de la CEDH, alors même que la Haute autorité avait précédemment adopté une délibération retenant, de la part (du mis en cause), des pratiques de discrimination sexiste et de harcèlement moral, dès lors que les parties se trouvaient en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la Haute autorité et qu'il revenait aux juges d'apprécier la valeur probante de ces observations soumises au débat contradictoire* »²²⁸⁰. Position confirmée quelques semaines plus tard dans le cadre d'un litige en excès de pouvoir²²⁸¹.

912. Bien entendu, des incertitudes persistent quant à la teneur exacte des conditions d'utilisation de cette attribution par le Défenseur des droits. On en veut pour preuve la décision de la Cour d'appel de Nîmes du 13 octobre 2009. Après avoir rappelée l'obligation faite au Défenseur, quand il est saisi d'une affaire ayant déjà été portée à la connaissance des

²²⁷⁶ Selon Frédéric Colin, bien que le rôle d'*amicus curiae* des délégués du Défenseur des droits n'a pas été formulé explicitement dans les textes, celui-ci apparaît inéluctable et, en tout état de cause, souhaitable. Source de réflexion utile pour le juge, l'intervention du délégué du Défenseur peut effectivement contribuer à l'émergence d'une solution. « *Le juge pourra y trouver une source d'information intéressante en raison de sa connaissance des intervenants locaux dans les différents secteurs de service public, et/ou du terrain, et notamment des spécificités géographiques de l'affaire (par exemple : configuration de l'urbanisme dans une commune, contraintes d'aménagement locales, acteurs locaux...)*. Surtout, ses relations répétées avec des référents dans les organismes chargés de missions de service public lui donnent une connaissance unique en son genre de la qualité d'accomplissement du service public au quotidien, ainsi que de ses contraintes spécifiques au niveau local, et de la capacité de réponse d'administrations aux demandes qui leur sont présentées. Tous éléments qui peuvent éventuellement ne pas être directement appréciables dans le cadre de procédures juridictionnelles, mais qui sont susceptibles de contribuer efficacement à l'appréciation concrète d'un dossier » (« Un *amicus curiae* en devenir : le délégué du Défenseur des droits », *D.A.*, n° 7, Juillet 2012, étude 12, p. 11).

²²⁷⁷ En ce sens, v. Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

²²⁷⁸ A l'occasion de sa rencontre, le 15 mars 2012, avec Sir Nicolas Dusan Bratza, Président de la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Défenseur des droits a évoqué la question de la recevabilité des observations qu'il pourrait être amené à déposer devant la Cour. Présentée le 26 mars 2012 aux trois collèges réunis, par l'ancien Président Jean-Paul Costa, prédécesseur de Sir Nicolas Dusan Bratza, cette initiative a été accueillie très favorablement. Désormais, le Défenseur des droits pourra, lorsque des circonstances opportunes le justifient, intervenir en qualité d'*amicus curiae* devant la Cour de Strasbourg (sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 31).

²²⁷⁹ Il convient par ailleurs de souligner, avec l'actuel Défenseur des droits Dominique Baudis, que, d'un point de vue quantitatif, les interventions de la HALDE devant les juridictions sont généralement « *couronné[es] de succès puisque 85% des jugements rendus dans des dossiers où elle avait décidé de présenter ses observations ont tranché dans le sens de la position qu'elle défendait* » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 29).

²²⁸⁰ C.E., 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 343410 et 343438.

²²⁸¹ C.E. Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, req. n° 322326.

autorités judiciaires, de recueillir l'accord préalable desdites autorités pour mettre en œuvre ses pouvoirs d'enquête, la Cour d'appel, « *de manière audacieuse et anticipée* »²²⁸², déduit de cette obligation un principe d'irrecevabilité des observations présentées par l'institution à la suite d'une enquête réalisée de façon irrégulière, c'est-à-dire sans l'accord préalable des autorités judiciaires. Justifiée par le respect du principe de séparation des pouvoirs, cette solution, adoptée sur la base du seul projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, interroge nécessairement au regard de sa précocité. Reste à savoir qu'elle sera la position de la Cour de cassation.

913. En outre, demeure entière la question de savoir si le Défenseur des droits, lorsqu'il émet des observations, se trouve tenu par les moyens et les conclusions soulevés par les parties. Auquel cas le dispositif perdrait de son intérêt dans la mesure où l'intervention du Défenseur devant le juge en serait réduite à une audition de droit au soutien de la demande du requérant. En d'autres termes, il ne permettrait pas à l'institution de soulever une question de droit, dont une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité, en lien avec l'affaire mais étrangère à toute demande en ce sens de la part du justiciable. Faute de dispositions spécifiques définissant la nature des observations de l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité au regard du droit processuel, un raisonnement par analogie se révèle particulièrement délicat. Un élément de réponse en faveur d'une possible déconnexion entre les observations formulées par le Défenseur et la demande du requérant semble, néanmoins, fourni par le recueil *Droit et pratique de la cassation en matière civile*. A la lecture dudit recueil, il ne serait plus nécessaire « *que, selon des formules anciennes [...], l'intervenant justifie de circonstances et d'intérêts exceptionnels, ni même d'un intérêt direct et inséparable ou indivisible de celui du demandeur, en sorte qu'il suffît que soit démontrée l'existence d'intérêts communs* »²²⁸³. Mais en se gardant de s'appuyer sur une jurisprudence quelconque, il convient de reconnaître que l'affirmation demeure quelque peu péremptoire.

914. Une piste de réflexion plus solide ressort, en revanche, de la nature de la mission attribuée au Défenseur des droits. Chargé d'une fonction de défense objective des droits et libertés, le Défenseur des droits exerce cette dernière « *à partir et au-delà des causes particulières* »²²⁸⁴. Déjà identifiée s'agissant du Défenseur du Peuple, cette fonction de défense objective suppose que le Défenseur des droits, à l'identique de l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations, ne défend pas un intérêt propre, personnel, mais un intérêt public, celui de la protection des droits et libertés. Son intervention est rendue possible et s'effectue avant tout au nom de cet intérêt auquel un cas particulier se rattache. Comme le souligne Sophie Sereno à propos de la HALDE, lorsque celle-ci demande à être auditionnée

²²⁸² Lorsque la Cour d'appel de Nîmes a statué, la loi organique relative au Défenseur des droits n'avait pas encore été adoptée. C'est pourquoi cette solution peut être qualifiée, avec Sophie Sereno, « *d'audacieuse et d'anticipée* », la Cour d'appel s'étant appuyée sur le seul projet de loi organique (« L'audition de droit de la HALDE confrontée au principe d'égalité des armes – dans la perspective du projet de loi relatif au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1311).

²²⁸³ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec-JurisClasseur, coll. « Pratique professionnelle », 2003, p. 200.

²²⁸⁴ E. Serverin et T. Grumbach, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010: ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *R.D.T.*, 2010, p. 458.

par le juge, elle « apporte son expertise juridique et intervient en défense de la non-discrimination plus qu'en défense d'un prétendu discriminé. La présence de la HALDE au procès ne vise pas à assister le salarié mais à donner un avis d'autorité sur l'application du droit. Elle joue un rôle doctrinal qui dépasse le cadre de l'assistance de la victime présumée ». Dans ces conditions, rien ne paraît empêcher le Défenseur des droits, lorsqu'il considère que le justiciable n'a pas épuisé l'ensemble de la question dans ses conclusions, de soulever, dans le cadre de ses observations, un moyen juridique dépassant le cadre du litige purement individuel.

915. Quoi qu'il en soit, il ne fait guère de doute que le Défenseur des droits, à l'instar de ses homologues ibériques, est susceptible de nouer une bonne relation avec le contentieux en impulsant et en dynamisant le contrôle opéré par le juge ordinaire. Un phénomène similaire peut être observé, *mutatis mutandis*, s'agissant des relations entre l'ombudsman spécialisé et les mécanismes non juridictionnels classiques de garantie.

B. Un catalyseur de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux

916. L'aptitude de l'*human rights ombudsman* à dynamiser le contrôle opéré par les mécanismes non juridictionnels classiques de garantie des droits et libertés s'exprime non seulement à l'égard du Parlement (1), mais également, en France du moins, vis-à-vis des autorités indépendantes disposant d'une seule compétence sectorielle (2).

1. Un catalyseur de la protection politico-parlementaire

917. A l'origine d'une littérature abondante en Espagne²²⁸⁵, la question des rapports entretenus par l'*human rights ombudsman* avec le Parlement, pour ne pas être ignorée par la doctrine française et portugaise, n'en occupe pas moins une place secondaire parmi les études consacrées au Défenseur des droits et au *Provedor de Justiça*. A l'évidence, un tel constat n'a rien de très surprenant dès lors que le Défenseur du Peuple, à la différence de ses homologues français et portugais, se trouve expressément qualifié par l'article 54 de la Constitution espagnole de haut représentant des Cortès Générales. Véritable bras droit du Parlement²²⁸⁶, le Défenseur espagnol entretient un lien particulièrement étroit avec l'institution parlementaire, dont l'illustration la plus éclatante réside dans la mise en place, par la loi organique du 5 mars 1992²²⁸⁷, de la commission mixte Sénat-Congrès responsable des relations avec le Défenseur du Peuple²²⁸⁸. Chargée, aux termes de l'article 2-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple, « d'informer en séance plénière chaque fois que cela est nécessaire », cette

²²⁸⁵ Sans prétendre à l'exhaustivité, le lecteur pourra utilement se référer à : A. Anguita Susi, « Algunas notas en torno a la presentación parlamentaria del Informe Anual por los Defensores del Pueblo », *Revista de derecho político*, 2005, n° 63, p. 205 ; J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », *op. cit.*, p. 389 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.* ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las cámaras) », *op. cit.*, p. 5 ; A. Uribarri, « La relación de la institución del Defensor del Pueblo con las Cortes : el informe ordinario », *op. cit.*, p. 105.

²²⁸⁶ En ce sens, v. D.C. Rowat, « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? » *op. cit.*, p. 569.

²²⁸⁷ Loi organique n° 2/1992 du 5 mars 1992, *op. cit.*

²²⁸⁸ Pour une étude approfondie de cette création, v. not. M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.* pp. 235 et ss.

commission procède d'une volonté évidente de rapprochement du Défenseur du Peuple et du Parlement²²⁸⁹. Rien de tel au Portugal et, *a fortiori*, en France où le Parlement, comme le souligne Antonin Gelblat, ne participe qu'*a minima* à la nomination du Défenseur des droits²²⁹⁰.

918. L'absence de commission parlementaire spécialement chargée des relations avec l'ombudsman spécialisé, en dépit d'une tentative de création en ce sens, en France, lorsque l'ancien Médiateur de la République était toujours en vigueur²²⁹¹, ne saurait, pour autant, conduire à affirmer que seul le Défenseur du Peuple poursuit une fonction d'impulsion de la protection parlementaire des droits fondamentaux. Au contraire, le Défenseur des droits et le *Provedor de Justiça*, également, contribuent à promouvoir l'exercice, par le Parlement, de sa compétence de sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux²²⁹². On en veut pour preuve, en France, les discussions engagées par Dominique Baudis, dès sa prise de fonction, avec le Sénat en vue de la mise en place d'un « *circuit d'information du Parlement à propos des textes de nature législative sur lesquels le Défenseur des droits sera amené à travailler, notamment en étant auditionné par les commissions compétentes et en faisant connaître ses propositions sur la problématique examinée* »²²⁹³. D'une manière générale, et quel que soit le pays considéré, l'*human rights ombudsman*, indépendamment du fait qu'il est susceptible de trouver dans le Parlement l'appui et l'autorité nécessaire à l'effectivité de sa mission²²⁹⁴, jouit de la faculté d'impulser les deux grandes fonctions de l'institution parlementaire, à savoir la production de normes législatives et le contrôle de l'action de l'exécutif²²⁹⁵.

919. A cet endroit, le rapport annuel de l'institution, véritable radiographie sociale des préoccupations des citoyens, se présente comme un support particulièrement utile pour le Parlement qui dispose, par ce biais, des informations nécessaires en vue d'impulser une politique législative et de contrôle de nature à remédier aux problèmes constatés par l'ombudsman²²⁹⁶. Reflétant l'activité de l'institution, ce rapport « *est beaucoup plus qu'une*

²²⁸⁹ *Ibid.*, p. 240.

²²⁹⁰ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 53.

²²⁹¹ Il s'agit de la proposition de loi n° 253 déposée le 5 octobre 1988 à l'Assemblée nationale par M. Masson qui tendait à instituer une délégation parlementaire compétente pour établir le bilan des suites données aux propositions du Médiateur (rapporté par V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 364).

²²⁹² En ce sens, le professeur Antonio la Pergola souligne que « *les relations entre les ombudsmen et les chambres, bien que susceptibles de graduations, se présentent constamment* » (« Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para una investigación comparada », *op. cit.*, p. 79).

²²⁹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 42.

²²⁹⁴ Sur ce point, v. par ex. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 166 ; H. Nascimento Rodrigues, « Sessão inaugural », in *Ombudsman, novas competências, novas funções. VII congresso anual da Federação Ibero-americana do ombudsman*, Lisboa, 2002, p. 21 ; L. Villalba Benítez, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, *op. cit.*, pp. 79 et 80.

²²⁹⁵ En ce sens, v. M. Bassols Coma, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 58.

²²⁹⁶ Sur cette question, v. : A. Anguita Susi, « Algunas notas en torno a la presentación parlamentaria del Informe Anual por los Defensores del Pueblo », *op. cit.*, p. 206 ; J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », *op. cit.*, p. 396.

simple compilation de statistiques relatives à des plaintes particulières »²²⁹⁷. Il constitue un véritable instrument de communication permettant à l'ombudsman de décrire le nombre et le genre de réclamations reçues, les cas typiques de violations des droits fondamentaux constatées, le résultat de ses enquêtes, les recommandations et les suggestions adressées et les refus de leurs destinataires de s'y conformer. En cela, il présente deux intérêts pour le Parlement que sont, d'une part, un moyen de connaître les principales pathologies affectant l'activité de l'administration, chose difficilement réalisable par le biais de ses seules attributions de contrôle du gouvernement, d'autre part, une occasion d'obtenir un retour sur les effets de sa politique législative²²⁹⁸. Dans ces deux hypothèses, le rapport annuel de l'ombudsman se révèle propice au déclenchement de la protection parlementaire des droits fondamentaux.

920. En premier lieu, il offre la possibilité au Parlement, une fois qu'il a pris connaissance des carences de l'action administrative, en particulier celles que l'ombudsman n'est pas parvenu à solutionner, de mettre en œuvre ses prérogatives de contrôle du gouvernement afin de faire pression sur ce dernier pour qu'il y mette un terme²²⁹⁹.

921. En second lieu, il permet aux assemblées parlementaires, non seulement de suivre de plus près la correcte application et interprétation de la loi par l'exécutif²³⁰⁰, mais également, et de façon plus autocritique, d'identifier, en vue d'y remédier, les éventuels effets négatifs de leur législation sur les droits fondamentaux. A cet égard, il a été possible de souligner que l'ombudsman n'hésite pas à signaler, à travers ses rapports, les normes qu'il conviendrait de modifier. C'est évidemment là un apport essentiel du rapport annuel de l'*human rights ombudsman* sur le plan de la collaboration avec le Parlement dans la mesure où le premier est susceptible d'aiguiller la législation dans un sens plus avantageux pour les droits fondamentaux, tandis que le second se trouve explicitement chargé d'élaborer cette législation. Etant entendu que l'ombudsman ne se contente pas nécessairement de pointer du doigt les déficiences ponctuelles et isolées affectant l'ordonnancement juridique. Il se propose, parfois, d'impulser un mouvement plus large de revalorisation de la législation dans son ensemble. Par exemple, en France, l'ancien Médiateur de la République s'est efforcé, à l'occasion de ses dernières années d'activité, de dénoncer, de façon quasi-systématique, le phénomène contemporain de dégradation de la qualité de la loi et les dangers en résultant pour les droits fondamentaux²³⁰¹.

²²⁹⁷ D. Jacoby et P. Robardet, « Le Protecteur du citoyen du Québec comme agent de changement », *op. cit.*, p. 616.

²²⁹⁸ En ce sens, v. A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano politico-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 73.

²²⁹⁹ Sur ce point, v. entre autres : P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *op. cit.*, p. 1299 ; J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », *op. cit.*, p. 398 ; A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano politico-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 76.

²³⁰⁰ A. Pérez Calvo, « aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo », *Revista de derecho político*, 1979, n° 4, p. 90.

²³⁰¹ C'est par exemple le cas du rapport annuel de l'institution pour l'année 2009, à travers lequel le Jean-Paul Delevoye établit un lien étroit entre la complexité croissante de la loi et la méconnaissance des administrés de leurs droits (p. 2) ou, encore, de celui pour l'année 2010, qui dénonce le fait que les politiques publiques

922. Le rapport annuel n'est toutefois pas le seul instrument de collaboration entre l'ombudsman et le Parlement. Outre le mécanisme des recommandations, qui permet à l'institution, tel qu'il a été largement démontré, d'impulser la fonction législative, les rapports monographiques favorisent également la dynamisation de la protection parlementaire. A cet égard, la pratique offre l'occasion de constater un recours régulier à ce dispositif de la part du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Intéressant des thèmes aussi divers et variés que les lieux privatifs de libertés, les droits des mineurs ou, encore, ceux des étrangers, ces rapports « *font souvent office d'ouvrages de référence lors de réformes législatives ultérieures* »²³⁰². A cet égard, le professeur Martin Bassols Coma estime que la récente étude monographique présentée par le Défenseur du Peuple aux Cortès Générales le 9 mai 2010, intitulée *Agua y Ordenación del Territorio*, se présente pour le Parlement, de par son réalisme supérieur à quelconque étude doctrinale ou livre blanc, comme un support de qualité en vue d'opérer les réformes législatives adéquates dans le domaine de l'eau et de l'aménagement du territoire²³⁰³.

923. Enfin, il convient de rappeler que le Parlement peut, de sa propre initiative, solliciter les services de l'ombudsman spécialisé. On songera, par exemple, à la possibilité donnée, en France, aux présidents des deux assemblées de consulter le Défenseur des droits sur toute question relevant de sa compétence²³⁰⁴. Ou, encore, au dispositif prévu par l'article 10-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple, aux termes duquel les députés et les sénateurs, individuellement, ainsi que la commission mixte Congrès-Sénat peuvent demander l'intervention du Défenseur du Peuple afin qu'il enquête ou qu'il apporte des éclaircissements sur des actes, des résolutions ou des conduites concrètes de l'administration publique affectant un citoyen ou un groupe de citoyens²³⁰⁵. Bien que son utilisation demeure mesurée en pratique²³⁰⁶, un tel dispositif participe, à son tour, de la fonction d'impulsion de la protection parlementaire des droits fondamentaux poursuivie par l'ombudsman spécialisé.

924. Considéré par le professeur Jesús González Pérez comme « *les yeux et les oreilles du Parlement* »²³⁰⁷, l'*human rights ombudsman* permet, en définitive, aux assemblées parlementaires de mettre plus efficacement en œuvre leurs prérogatives de protection des

contemporaines se trouvent brouillées par l'empilement législatif (pp. 9 et ss.) [en lignes]. Disponibles sur [www.ladocumentationfrancaise.fr].

²³⁰² A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 86.

²³⁰³ M. Bassols Coma, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 59.

²³⁰⁴ Cette faculté, prévue par l'article 32-3 de la loi organique relative au Défenseur des droits, a ainsi conduit la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes de l'Assemblée nationale, puis la Commission des lois du Sénat à auditionner Dominique Baudis début 2012 (en ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 42).

²³⁰⁵ Cette disposition se trouve complétée par l'article 11-2 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple qui prévoit, d'une part, que le Défenseur est habilité à rendre compte périodiquement auprès de la commission mixte des activités mises en œuvre sur une période ou un sujet donné, d'autre part, que ladite commission est habilitée à obtenir auprès du Défenseur du peuple tout type d'informations.

²³⁰⁶ Le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2000 indique que sur 26874 réclamations adressées à l'institution seulement 7 ont été adressées par les Cortès Générales par la voie de l'article 10-2 (rapporté par J.M. Codes Calatrava, « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales », *op. cit.*, p. 409).

²³⁰⁷ J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *op. cit.*, p. 423.

droits de la personne humaine. Bien entendu, tout n'est pas parfait. Outre un risque éventuel de politisation de l'institution, parfois pointé du doigt par la doctrine²³⁰⁸, des progrès restent à faire. Evidente en France, ne serait-ce qu'en raison du mode de nomination du Défenseur des droits et le manque de lien qui en résulte avec l'institution parlementaire, l'affirmation vaut également pour l'Espagne. Car, en dépit du lien étroit supposé unir le Défenseur du Peuple aux Cortès Générales, la doctrine ne manque pas de souligner l'insuffisance des rapports entretenus par ces deux institutions²³⁰⁹. A cet égard, le professeur Álvaro Gil-Robles, notamment, se montre particulièrement critique. Selon lui, « *le Parlement n'a jamais réalisé de véritable suivi des recommandations et des problèmes exposés par le Défenseur en commission ou séance plénière. [...] Les groupes parlementaires ne profitent pas de la considérable quantité d'information à leur disposition pour agir en conséquence. Ils semblent même gênés par le rapport, car l'ensemble des forces politiques ont des administrations sous leur direction (Etat, Communautés autonomes, municipalités, etc.). De fait, la Commission spéciale pour les relations avec le Défenseur ne s'est jamais réunie avec un programme concret de suivi et d'analyse détaillée du rapport annuel, sollicitant des auditions complémentaires du Défenseur du Peuple lui-même* »²³¹⁰. La mesure est toutefois de mise en la matière. Si la collaboration entre le Parlement et le Défenseur du Peuple demeure insuffisante, le premier ne se désintéresse pas, pour autant, de l'activité du second. En témoigne l'adoption à l'unanimité du Congrès des députés, en septembre 1995, d'une motion imposant au gouvernement de répondre annuellement aux rapports du Défenseur du Peuple et de remettre à la chambre basse, dans un délai de deux mois, un rapport sur l'exécution matérielle des principales recommandations²³¹¹. Quoi qu'il en soit, la fonction de catalyseur de la garantie non juridictionnelle assumée par l'ombudsman spécialisé s'exerce également, du moins en France, à l'égard de la protection proposée par les autorités administratives indépendantes dotées d'une seule compétence sectorielle.

2. Un catalyseur de la protection offerte par les autorités indépendantes sectorielles

925. Source de renforcement de l'efficacité du système non juridictionnel de garantie des droits, la capacité de l'ombudsman spécialisé à promouvoir la protection offerte par les autorités indépendantes sectorielles trouve essentiellement à s'exprimer en France. En effet, répondant, contrairement à ses homologues ibériques, à une exigence contemporaine de rationalisation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux, la mise en place du Défenseur des droits se traduit non seulement par le regroupement de quatre autorités indépendantes spécialisées dans la protection des droits et

²³⁰⁸ En ce sens, v. par ex. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 191 ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, pp. 24-26.

²³⁰⁹ Sur ce point, v. not. : M. Bassols Coma, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 58 et ss. ; J.M. Codes Calatrava, *op. cit.*, pp. 407 et ss. ; F. Sainz Moreno, *op. cit.*, pp. 20 et 58 ; L. Villalba Benítez, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, *op. cit.*, pp. 79-80.

²³¹⁰ Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 484.

²³¹¹ Rapporté par M. Bassols Coma, *op. cit.*, p. 60.

libertés au sein d'une structure unique, mais également par l'instauration de dispositifs de nature à faire émerger une coopération entre le Défenseur et les instances exclues de ce regroupement ; à savoir, pour l'essentiel, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Rien de tel de l'autre côté des Pyrénées où la question des rapports entre l'*human rights ombudsman* et les autorités indépendantes est largement ignorée par les textes relatifs au *Provedor de Justiça* et au Défenseur du Peuple²³¹². Ce vide juridique n'est toutefois guère surprenant dès lors que de telles autorités sont, pour la plupart, apparues postérieurement à la mise en place de l'ombudsman spécialisé. En outre, le nombre relativement peu élevé de ces organismes en Espagne est susceptible d'expliquer un désintérêt relatif pour la question. Au Portugal, en revanche, le climat semble davantage propice à l'instauration d'une étroite collaboration entre le *Provedor de Justiça* et les autorités non juridictionnelles sectorielles. Car, indépendamment du nombre sensiblement plus élevé de ce type d'instances par rapport au voisin espagnol, le *Provedor* dispose d'une autonomie complète dans la détermination de ses relations avec les organes connexes²³¹³. Ni la littérature juridique portugaise, ni le site internet du *Provedor de Justiça* ne font pourtant mention d'une quelconque convention conclue entre le *Provedor* et ces autorités²³¹⁴.

926. C'est là une différence notable avec la France où la question des relations entre le Défenseur des droits et les autorités indépendantes n'ayant pas été regroupées en son sein a fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur. On en veut pour preuve l'article 9 de la loi organique du 29 mars 2011. Aux termes de cette disposition, le Défenseur des droits est, d'une part, autorisé à transmettre des réclamations, accompagnées le cas échéant de ses observations, à une autre autorité indépendante investie d'une mission de protection des droits et libertés, d'autre part, associé, à sa demande, aux travaux de la CNIL et de la CADA. A cela s'ajoute la Convention conclue entre le Défenseur des droits et le CGLPL, le 8 novembre 2011²³¹⁵, dont l'objet est de garantir la mise en place d'une véritable coopération entre ces deux institutions. Renouvelable par tacite reconduction, cette Convention, d'une durée d'un an²³¹⁶, prévoit notamment, dans son article premier, que, quand il est saisi d'une réclamation relative à des faits mettant en cause l'état, l'organisation ou le fonctionnement d'un établissement de privation de liberté, la prise en charge ou le

²³¹² En Espagne, cette question ne doit évidemment pas être confondue avec la problématique, déjà identifiée, des relations entre le Défenseur du Peuple et les *ombudsmen* des Communautés autonomes qui se révèle, pour sa part, encadrée, bien que passablement, par le droit positif (sur cette question, v. *infra*, n° 1434 et ss.).

²³¹³ En ce sens, v. F. Boa Baptista, « O modelo de unidade e a criação de instituições afins do Ombudsman : uma tensão recorrente na experiência parlamentar », *op. cit.*, p. 28.

²³¹⁴ Le décret-loi du 12 août 1997 instituant le Défenseur du contribuable, institution finalement supprimée en 2002, conduit toutefois à nuancer le propos dans la mesure où son article 3 prévoyait que le Défenseur non seulement devait porter à la connaissance du *Provedor de Justiça* les avis et les recommandations qu'il adoptait, mais, en outre, respecter les recommandations que ce dernier lui adressait (décret-loi n° 205-97, *op. cit.*). Pour autant, il s'agissait davantage ici d'un mécanisme de supervision de l'action du Défenseur du contribuable par le *Provedor de Justiça* que d'un véritable dispositif de collaboration de nature à favoriser la promotion par le second du contrôle opéré par le premier.

²³¹⁵ *Convention entre le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Paris, 8 novembre 2011, [En ligne]. Disponible sur [www.cglpl.fr].

²³¹⁶ Art. 7.

transfèrement d'une personne privée de liberté, ou un droit fondamental d'un détenu, le Défenseur des droits saisit, conformément à l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007²³¹⁷, le CGLPL. Inversement, l'article 2 de la Convention précise que, quand il est saisi d'une réclamation par une personne physique s'estimant lésée en raison d'un dysfonctionnement administratif, d'une atteinte aux droits ou à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'une discrimination ou d'un manquement au respect de la déontologie de la sécurité, le CGLPL saisit le Défenseur des droits. Etant entendu que, dans ces deux hypothèses, la transmission peut intervenir après usage, par le Défenseur des droits ou le Contrôleur général, des prérogatives que la loi leur attribue. Dans ce cas, sont également transmises les copies des pièces du dossier ainsi que toute indication utile sur les recommandations qu'ils ont pu prendre. A noter également la possibilité pour le Défenseur des droits et le CGLPL d'échanger des informations en vue de coordonner leurs interventions et leurs actions publiques respectives²³¹⁸.

927. De ces dispositifs, il s'ensuit que le Défenseur des droits dispose de la possibilité de promouvoir l'action des autres autorités indépendantes intervenant dans le domaine des droits et libertés. Outre une faculté d'impulsion du contrôle opéré par ces autorités, *via* la transmission des réclamations relevant de leur domaine de compétence, le Défenseur des droits se trouve en mesure de mettre ses pouvoirs et son influence au service de l'effectivité de leur action²³¹⁹. Il en va par exemple ainsi lorsqu'il décide de transmettre une plainte à une autorité indépendante après usage de ses pouvoirs d'enquêtes. Compte tenu de l'ampleur des attributions de l'ombudsman spécialisé en matière d'instruction des réclamations, une telle démarche permet au Défenseur des droits de faire bénéficier l'autorité saisie des résultats de ses investigations. Egalement, le fait que le Défenseur des droits soit associé aux travaux de la Commission d'accès aux documents administratifs et de la CNIL permet aux dites Commissions de bénéficier de l'aura de l'institution²³²⁰. Jouissant d'une notoriété et d'une visibilité indiscutables, le Défenseur français est effectivement susceptible de conférer davantage de poids aux recommandations adressées par ces deux institutions qui, encore aujourd'hui, demeurent parfois inconnues du grand public. C'est là un rôle clé du Défenseur des droits qui devrait être à même de porter le message et l'action des instances non juridictionnelles de garantie des droits grâce à son autorité morale²³²¹.

928. Sans compter que l'intérêt de ces mécanismes de coopération ne se limite pas à une seule vertu de promotion de la protection des droits et libertés poursuivie par les instances non regroupées. Ils favorisent, de façon plus ambitieuse, la prise en charge par le Défenseur des droits d'une fonction originale de coordination et d'articulation de l'activité de l'ensemble des autorités indépendantes investies d'une mission de défense des droits fondamentaux²³²².

²³¹⁷ L'article 6 de la loi instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté érige, en effet, le Défenseur des droits en autorité de saisine du CGLPL (loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, *op. cit.*).

²³¹⁸ Art. 5.

²³¹⁹ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, pp. 68 et ss.

²³²⁰ *Ibid.*, p. 70.

²³²¹ *Ibid.*, p. 71.

²³²² N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1693.

Appelée de ses vœux par la Commission nationale consultative des droits de l'homme²³²³, cette configuration du Défenseur des droits en « *autorité administrative "chef de file"* »²³²⁴, susceptible d'insuffler une orientation générale à l'action des autorités indépendantes, entend prévenir les éventuels risques de concurrence et de dispersion au sein du système institutionnel non juridictionnel français de garantie²³²⁵. En somme, les mécanismes de collaboration entre le Défenseur des droits et les autres autorités indépendantes permettent non seulement d'impulser la protection des droits et libertés offerte par les instances sectorielles, mais également de renforcer l'unité de sens du système non juridictionnel de garantie.

929. Partageant avec les mécanismes classiques de garantie une fonction de défense des droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman*, loin de s'inscrire dans une démarche concurrentielle, se distingue, en définitive, en raison de sa qualité de catalyseur de la protection offerte par le juge, par le Parlement et, en France à tout le moins, par les autorités administratives indépendantes. Ce faisant, il se présente comme un collaborateur privilégié des institutions également investies d'une mission de défense des droits et libertés. Cette collaboration se manifeste, de surcroît, à l'aune de l'aptitude de l'institution à remédier à certaines lacunes affectant la protection offerte par le juge et, partant, à renforcer la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux

§ 2. Un facteur de consolidation de la garantie juridictionnelle

930. Exception faite du Défenseur des droits, dont la mise en place procède d'une volonté de remédier au déficit de lisibilité et de visibilité du système institutionnel non juridictionnel français de garantie, l'aptitude de l'*human rights ombudsman* à consolider la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie intéresse essentiellement la protection juridictionnelle. Commune au Défenseur des droits et aux *ombudsmen* ibériques, cette faculté de consolidation de la garantie juridictionnelle ne doit évidemment pas être confondue avec la capacité de l'institution, précédemment identifiée, à pallier l'insuffisance de la protection offerte par le juge. Il n'est plus ici question pour l'*ombudsman* de combler les vides juridiques laissés par le juge mais de proposer des solutions susceptibles de remédier, de façon plus ou moins directe, à certaines lacunes affectant ce mode de protection. Salutaire, ce processus de consolidation de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux par le prisme de l'*ombudsman* spécialisé s'exprime à l'aune de trois facteurs : le renforcement de l'accès au juge (A), le désengorgement du prétoire des juridictions (B) et la promotion de la bonne administration de la justice (C).

²³²³ A l'occasion de son Avis en date du 4 février 2010, l'Assemblée plénière de la Commission affirmait : « *En charge de la coordination de la mission de défense des droits dans les champs divers où il y a lieu de l'exercer, le Défenseur des droits devra contribuer à la coopération et à la coordination d'autorités, non pas "concurrentes" mais complémentaires, en favorisant une communauté de moyens, de projets et d'idées au service d'une même cause : une défense efficace et effective des droits de l'homme* » (Avis sur le Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 7.).

²³²⁴ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 916.

²³²⁵ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 435.

A. Le renforcement de l'accès au juge

931. Caractéristique originale de l'institution, l'*human rights ombudsman*, en même temps qu'il constitue une voie de contournement du juge, susceptible d'être préférée à la garantie juridictionnelle par le citoyen, permet de renforcer l'accès du justiciable au prétoire du juge. Consistant à remédier à certains obstacles entravant l'effectivité du droit à un recours juridictionnel, ce renforcement de l'accès au juge est notamment rendu possible par les prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle attribuée au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*. En tant qu'elles offrent aux citoyens la possibilité de s'adresser à l'ombudsman afin qu'il saisisse le Tribunal constitutionnel d'un recours contre une norme attentatoire aux droits et libertés, de telles prérogatives ouvrent, en effet, aux bénéficiaires des droits fondamentaux un accès indirect à la juridiction constitutionnelle²³²⁶. Sur ce point, il convient toutefois de souligner, avec le professeur Pierre Bon²³²⁷, que l'apport de cette voie de droit pour le justiciable diffère sensiblement selon le système juridique considéré. Tandis qu'au Portugal, la saisine de la juridiction constitutionnelle par le *Provedor de Justiça* permet de compenser l'absence de recours constitutionnel direct²³²⁸, en Espagne, les prérogatives semi-contentieuses attribuées au Défenseur du Peuple jouent un rôle plus résiduel dans la mesure où les individus peuvent eux-mêmes, en cas d'atteinte à leurs droits fondamentaux, saisir la juridiction constitutionnelle par le biais d'un recours d'*amparo*²³²⁹. A cet égard, il ne fait guère de doute que si la possibilité pour le Défenseur des droits de soulever une question prioritaire de constitutionnalité venait à se concrétiser, cette faculté conduirait à rapprocher l'institution française du Défenseur espagnol étant donné que l'exercice de la question prioritaire de constitutionnalité est directement ouvert au justiciable.

932. Deux éléments, déjà évoqués, conduisent cependant à nuancer le propos. En premier lieu, le système de contrôle concret de la constitutionnalité des lois mis en place au Portugal permet d'atteindre une protection semblable à celle obtenue dans le cadre du recours d'*amparo* dès lors que les individus peuvent former un recours devant le Tribunal constitutionnel contre les décisions de justice appliquant une norme inconstitutionnelle. En second lieu, le recours d'*amparo* présente deux limites de tailles : d'une part, sa limitation aux seuls droits-libertés classiques consacrés par les articles 14 à 30 de la Constitution, d'autre

²³²⁶ Cette modalité d'accès à la juridiction constitutionnelle est très clairement résumée par le professeur Otto Pfersmann lorsqu'il affirme qu'*« il peut y avoir un droit fondamental de faire saisir qui ne donne pas accès au statut de titulaire au sens strict, mais qui fait du bénéficiaire un titulaire indirect puisqu'il peut saisir un organe qui, à son tour, pourra saisir le juge »* (« Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 98).

²³²⁷ P. Bon, in P. Bon et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, *op. cit.*, p. 83.

²³²⁸ En ce sens, v. en part. : J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 443 ; J. Miranda, « A inconstitucionalidade por omissão e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 49 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 109.

²³²⁹ Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le *Provedor de Justiça* se trouve plus régulièrement sollicité de demandes de saisine de la juridiction constitutionnelle que son homologue espagnol. Tandis que l'ombudsman portugais a été saisi, pour la seule période de 1976 à 1986, d'environ 600 affaires soulevant des problèmes d'inconstitutionnalité (P. Bon, *op. cit.*, p. 83), le Défenseur du Peuple a seulement été saisi de 400 demandes en ce sens depuis sa mise en place (Centro de documentación y publicaciones del Defensor del Pueblo, *op. cit.*).

part, l'exclusion des actes de valeur législative de son champ d'application. Par ailleurs, et en toute hypothèse, la saisine de la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman permet non seulement d'ajouter une dose d'autorité appréciable au recours, puisque la magistrature de l'institution rejait dessus²³³⁰, mais également de constituer une alternative bienvenue pour le justiciable peu disposé à conduire personnellement un tel recours²³³¹.

933. Par conséquent, en Espagne comme au Portugal, la possibilité offerte au particulier d'accéder à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman se trouve porteuse d'un renforcement potentiel du droit au juge. Etant entendu que, si l'ensemble des personnes, physiques et morales, nationales comme étrangères, à titre individuel ou collectif²³³², sont habilitées à solliciter l'intervention des *ombudsmen* espagnol et portugais afin qu'ils recourent au Tribunal constitutionnel, une fois saisi, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* demeurent les seuls décisionnaires de la suite à donner à de telles demandes. Rien de très surprenant toutefois dès lors que la fonction de défense des droits fondamentaux poursuivie par l'ombudsman spécialisé revêt une nature exclusivement objective. Exercés dans le seul intérêt de la Constitution²³³³, les recours introduits par l'institution n'ont pas pour objet de satisfaire des prétentions subjectives. Certes, dès l'instant où l'ombudsman décide de donner suite à la demande du requérant, il contribue indirectement à la satisfaction de ses intérêts personnels. Il ne saurait pour autant être considéré comme l'avocat du citoyen²³³⁴. En témoigne le fait que les *ombudsmen* espagnol et portugais, lorsqu'ils estiment qu'une interprétation conforme à la Constitution de la norme juridique litigieuse est envisageable, se réservent le droit de ne pas donner suite aux demandes de saisine du Tribunal constitutionnel qui leur sont adressées. Dans un tel cas de figure, ils privilégient l'usage de leur pouvoir de recommandation afin d'indiquer aux autorités publiques l'interprétation à retenir²³³⁵. Le Défenseur du Peuple a, par exemple, recouru à une telle pratique à l'occasion de sa saisine, en 1984, d'une demande d'introduction d'un recours en inconstitutionnalité contre la loi du 21 décembre 1983, prévoyant un certain nombre de mesures d'urgence en matière de financement des finances publiques locales, dont la conformité aux principes constitutionnels de la légalité de l'imposition et de l'autonomie des collectivités locales était contestée. Considérant qu'une interprétation conforme à la Constitution de ladite loi était possible, le Défenseur s'abstint de saisir la juridiction constitutionnelle et adressa au Parlement une recommandation afin que le contenu des futures

²³³⁰ Sur ce point, v. F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España*, *op. cit.*, p. 48.

²³³¹ Cette remarque vaut d'ailleurs pour l'ensemble des prérogatives semi-contentieuses de l'institution (sur cette question, v. J. González Pérez, « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *op. cit.*, p. 418).

²³³² En ce sens, v. Á. Gil-Robles, « Artículo 54 », *op. cit.*, p. 1197 ; « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, pp. 251-252.

²³³³ M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 55.

²³³⁴ Sur ce point, v. : M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 55 ; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 27.

²³³⁵ Sur ces questions, v. not. : M. Eduarda Ferraz, *op. cit.*, pp. 54-56 ; Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 253 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 88.

normes adoptées sur le fondement de la loi litigieuse soit conforme au texte constitutionnel²³³⁶.

934. Ainsi, il résulte de la dimension objective des recours introduits par l'ombudsman que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* demeurent libres de décider, selon leurs propres critères, de la suite à donner aux réclamations qui leur sont adressées aux fins de saisir la juridiction constitutionnelle. Or, il a pu être démontré que la rigueur des critères dégagés à ce jour occasionne un usage modéré de cette voie de droit. C'est ainsi qu'en Espagne, pour 400 demandes d'introduction de recours en inconstitutionnalité adressées au Défenseur du Peuple, seulement 25 recours ont effectivement été introduits par l'institution. Toutefois, et tel que souligné précédemment, si le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* font preuve d'un usage modéré de leurs prérogatives semi-contentieuses, les recours introduits aboutissent fréquemment au prononcé de déclarations d'inconstitutionnalité. Ce faisant, lorsque l'ombudsman fait droit à la demande du requérant, il y a de fortes chances pour que celui-ci obtienne gain de cause devant le juge constitutionnel.

935. Rendu possible par les prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle attribuées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, le renforcement de l'accès au juge par le prisme de l'ombudsman spécialisé se manifeste également au regard de la fonction, plus large, d'aide à l'accès au droit assumée par l'institution²³³⁷. A l'écoute du citoyen, l'*human rights ombudsman*, par les conseils qu'il prodigue, se révèle effectivement en mesure de faciliter l'accès du réclamant à l'information juridique et, ainsi, d'aider celui-ci à surmonter les difficultés qu'il rencontre pour s'adresser au juge. Soulignée par la doctrine française²³³⁸, cette fonction d'aide à l'accès au droit trouve, notamment, à s'exprimer dans le cadre de l'obligation faite au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* d'indiquer au plaignant, lorsque sa réclamation est jugée irrecevable, les moyens alternatifs qu'il peut le cas échéant mettre en œuvre pour faire valoir ses droits²³³⁹. Absente de la lettre de la loi organique relative au Défenseur des droits, cette exigence d'information du réclamant trouve néanmoins à s'appliquer en France. En témoigne le fait que l'ancien Médiateur de la République s'est toujours attaché « à fournir à l'intéressé une réponse claire, complète et utile, en expliquant le motif de l'irrecevabilité, les démarches qui auraient pu (ou peuvent encore) être entreprises et les coordonnées des organismes ou des personnes à contacter, le cas échéant »²³⁴⁰. De même, le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 précise que le département recevabilité/orientation de l'institution, lorsqu'il estime que le Défenseur n'est pas compétent ou que d'autres voies de règlement sont

²³³⁶ Rapporté par Á. Gil-Robles, *op. cit.*, pp. 255-256.

²³³⁷ Sur la notion d'accès au droit, le lecteur pourra utilement se référer à J. Faget, *Accès au droit et médiation*, *op. cit.*, pp. 11-21.

²³³⁸ En ce sens, v. not. : J.-P. Delevoye, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, *op. cit.*, p. 12 ; J. Georgel et E. Matutano, « Médiateur de la République », *op. cit.* ; B. Stasi, *in Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 163.

²³³⁹ Art. 32-2 du statut du *Provedor de Justiça* et 17-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

²³⁴⁰ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 9.

mieux appropriées, réoriente les réclamants vers les services qui pourront traiter leurs demandes²³⁴¹.

936. Compte tenu de l'ésotérisme qui entoure la procédure juridictionnelle, c'est évidemment là un aspect salubre de l'activité de l'*human rights ombudsman*. Par ce biais, l'ombudsman peut, tout d'abord, orienter le justiciable vers le juge compétent pour connaître de sa réclamation. Fonction particulièrement utile en France eu égard à la complexité des règles de répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif. En cette matière, le Défenseur des droits peut faire office de fil d'Ariane en aiguillant le « justiciable-Thésée » au sein du labyrinthe formé par la dualité des ordres de juridiction.

937. La fonction d'aide à l'accès au droit permet, ensuite, à l'ombudsman d'assister le justiciable dans la constitution de son dossier. Ceci est particulièrement vrai en France où, d'une part, l'article 27 de la loi organique du 29 mars 2011 dispose que le Défenseur des droits, lorsqu'il estime que la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination ou invoquant la protection des droits de l'enfant appelle une intervention de sa part, assiste le réclamant dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas et, d'autre part, l'important réseau de délégués territoriaux, propice à l'instauration d'un rapport de proximité entre le citoyen et l'institution du Défenseur des droits, facilite l'information des administrés sur l'étendue de leurs droits et les moyens de les faire valoir²³⁴². Jouant un rôle d'écoute et de conseil, les délégués permettent de faire la lumière sur la technicité de la procédure juridictionnelle et du langage juridique. Par conséquent, ils sont susceptibles d'éduquer les masses à « ces bizarreries procédurales dont elles ne saisissent pas immédiatement le bien-fondé »²³⁴³ et, par là-même, de légitimer l'action du juge, préalable indispensable à l'émergence d'une culture du procès.

938. Enfin, et cet aspect de l'activité de l'institution est loin d'être négligeable, l'ombudsman peut évaluer les chances de succès du justiciable afin d'éviter à celui-ci de s'engager dans une procédure juridictionnelle vouée à l'échec²³⁴⁴. Une affaire en ce sens, rapportée par Bernard Malignier à propos de l'ancien Médiateur de la République²³⁴⁵, mérite d'être mentionnée. En l'espèce, il s'agissait d'un ancien commerçant qui demandait son rattachement au régime des salariés bien que sa principale ressource fût tirée de son activité de commerçant. Après avoir rappelé les textes applicables et la jurisprudence en vigueur, le Médiateur conseille à l'intéressé de n'entreprendre aucune action en justice dans la mesure où il ne remplit pas les conditions exigées par le droit positif pour pouvoir demander la modification de son rattachement à ce régime. On voit poindre ici le deuxième apport de

²³⁴¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 35 et 55.

²³⁴² En ce sens, v. J. Georgel et E. Matutano, « Médiateur de la République », *op. cit.*

²³⁴³ D. de Béchillon, « Comment légitimer l'office du juge », *op. cit.*, pp. 474-475.

²³⁴⁴ Sur ce point, Paul Legatte et Anne Barbé écrivent : « Toutes les personnes qui ont fait un pourvoi devant les juridictions administratives auraient cependant eu intérêt à consulter le Médiateur sur la valeur de leur action. Ils auraient pu lui demander s'ils avaient raison d'aller en procès et le Médiateur aurait pu leur dire avec 99 p. 100 de chances de ne pas se tromper soit que leur cause était bonne, soit que leur réclamation risquait d'être rejetée » (*Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, *op. cit.*, p. 30).

²³⁴⁵ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 147.

l'ombudsman spécialisé pour la garantie juridictionnelle : sa participation, en tant que voie de contournement du juge, au processus de désencombrement des juridictions.

B. Le désencombrement du prétoire du juge

939. Préoccupation contemporaine de la doctrine et des pouvoirs publics, l'engorgement des juridictions provoque un phénomène de lenteur de la justice susceptible de préjudicier gravement à l'effectivité de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. En effet, outre que l'encombrement du prétoire du juge fait parfois naître chez le justiciable un sentiment de résignation le conduisant à renoncer à l'exercice de son droit au recours, les délais de jugement qui en résultent contribuent inévitablement à altérer la qualité du service rendu. Le principal risque, lorsque le juge intervient trop tardivement dans le litige, étant que l'atteinte portée aux droits fondamentaux soit définitivement consommée et, par conséquent, la garantie juridictionnelle illusoire.

940. Or, l'*human rights ombudsman*, en tant qu'instrument de prévention du contentieux²³⁴⁶, concourt, à l'instar des modes alternatifs de règlement des litiges²³⁴⁷, au désengorgement du prétoire des juridictions. Postulant « *une "déjudiciarisation" d'une partie du contentieux relatif aux droits fondamentaux* »²³⁴⁸, l'ombudsman spécialisé, par sa seule présence, se propose, effectivement, de réduire le nombre de litiges soumis aux juridictions²³⁴⁹. Mis en avant par certains auteurs français à propos de l'ancien Médiateur de la République²³⁵⁰, relayé par la doctrine espagnole²³⁵¹, ce processus de désencombrement des juridictions par le prisme de l'ombudsman connaît un regain d'actualité avec la mise en place du Défenseur des droits. A ce titre, Anaïs Lagelle ne manque pas de rappeler que « *l'accessibilité directe du Défenseur par les citoyens, notamment grâce aux délégués de proximité, pourra conduire à ce qu'un certain nombre de plaignants ne se manifesteront qu'après les conseils avisés et l'assistance du Défenseur, réduisant ainsi l'encombrement des juridictions* »²³⁵². En outre, et de façon plus ambitieuse, le Secrétaire général du Défenseur

²³⁴⁶ Sur ce point, v. A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *op. cit.*, p. 456.

²³⁴⁷ Sur le lien entre la recherche de désengorgement des juridictions et le développement des modes alternatifs de règlement des litiges, v. not. : G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », *R.I.D.C.*, 1997, p. 313 ; M. Courtin, « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des tribunaux administratifs », *Gaz. Pal.*, 1987, doctr., p. 467 ; G. Keromnes, « Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative », *Gaz. Pal.*, 1997, doctr., p. 346 ; A. Lyon-Caen, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Petites affiches*, 2000, n° 213, p. 54 ; E. Prevedourou, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 180, 1996, pp. 153 et ss. ; J.-M. Sauve, « Etat de droit et efficacité », *A.J.D.A.*, 1999, p. 119 ; C.E., « Etude sur la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1980-1981, p. 299 ; « La prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1988, p. 11 ; *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction et arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*, p. 13.

²³⁴⁸ A. Dezallai, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932.

²³⁴⁹ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 38.

²³⁵⁰ B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 59.

²³⁵¹ En ce sens, v. par ex. : Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 242 ; A. Rovira Viñas, « Introducción », *op. cit.*, p. 37.

²³⁵² A. Lagelle, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *op. cit.*, pp. 456-457.

des droits, Richard Senghor, considère, s'agissant des réclamations répétitives, que le juge pourrait se limiter à connaître de la « "tête de série" [...], la série elle-même pouvant ensuite être traitée par la voie non-contentieuse, à charge pour le Défenseur des droits de savoir se montrer convaincant »²³⁵³.

941. Evidemment, cette capacité de l'*human rights ombudsman* à délester le juge de certains litiges impliquant les droits fondamentaux ne saurait solutionner à elle seule la problématique de l'engorgement des tribunaux. Son apport n'en demeure pas moins appréciable. Comme le rapporte le professeur Bénédicte Delaunay, à propos de l'ancien Médiateur de la République, sans son intervention ou celle de ses délégués, « une réclamation sur trois conduirait à un procès »²³⁵⁴. Or, lorsque l'on constate que le Médiateur, dans ces dernières années d'activité, était saisi de pratiquement 80 000 réclamations par an²³⁵⁵, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'ombudsman contribue, à son échelle, au processus de désengorgement des juridictions et, par là-même, au renforcement de la garantie juridictionnelle des droits et libertés. Renforcement qui se manifeste, par ailleurs, au regard de l'aptitude de l'institution à promouvoir la bonne administration de la justice.

C. La promotion de la bonne administration de la justice

942. Si le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire interdit à l'*human rights ombudsman* de s'immiscer dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, rien n'empêche, en revanche, l'institution de connaître de l'activité matériellement administrative des tribunaux, c'est-à-dire du service public de la justice. Définie par le professeur Jacques Robert comme « l'ensemble des critères et conditions que doit remplir toute justice pour être bien administrée »²³⁵⁶, la bonne administration de la justice intéresse, sans nul doute, les droits fondamentaux, en tête desquels le droit à un recours juridictionnel effectif. Qu'il s'agisse de la perte de dossiers judiciaires, de l'inexécution des décisions rendues par le juge ou, encore, des délais excessifs de jugements, problématiques attestant d'une mauvaise administration de la justice, se sont les droits et libertés du justiciable qui se trouvent directement affectés. Par conséquent, il n'est guère surprenant que l'ombudsman spécialisé soit régulièrement saisi de plaintes dénonçant des dysfonctionnements dans la façon d'administrer la justice. En Espagne, par exemple, sur un total de 24381 plaintes enregistrées par le Défenseur du Peuple en 2011, 1194 intéressaient l'administration de la justice²³⁵⁷. De même, au Portugal, cette problématique concernait 725 des 6637 procédures ouvertes par le *Provedor de Justiça* en 2010²³⁵⁸.

²³⁵³ R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 513.

²³⁵⁴ B. Delaunay, *op. cit.*, p. 59. Dans un sens similaire, le professeur Álvaro Gil-Robles souligne, à propos du Défenseur du Peuple, que « sa seule intervention a résolu une multitude de cas individuels, évitant des dizaines de milliers de contentieux devant les juridictions administratives » (« Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 485).

²³⁵⁵ Médiateur de la République, *Rapport annuel 2010*, *op. cit.*, p. 4.

²³⁵⁶ J. Robert, « La bonne administration de la justice », *op. cit.*, p. 118.

²³⁵⁷ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 2011*, p. 28.

²³⁵⁸ Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 2010*, p. 34.

943. Les choses, en cette matière, se présentent toutefois sous un angle quelque peu différent selon le pays considéré. Tandis qu'en France, le Défenseur des droits est autorisé à intervenir directement auprès des juridictions afin de faire cesser une pratique administrative contraire aux droits fondamentaux, de l'autre côté des Pyrénées, l'ombudsman se contente de réceptionner les plaintes relatives au mauvais fonctionnement de la justice pour les transmettre à l'autorité judiciaire compétente pour en connaître. Evidemment, rien n'empêche le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, lorsqu'ils transmettent une plainte mettant en cause la qualité de la justice rendue par une juridiction, d'assortir cette dernière d'une recommandation en vue de préciser la solution qu'ils jugent opportune pour remédier à l'atteinte constatée. Il n'empêche que, en dernier ressort, les autorités judiciaires demeurent les seules compétentes pour décider de la suite à donner aux plaintes réceptionnées. Dans ces conditions, la possibilité donnée à l'ombudsman spécialisé de connaître des dysfonctionnements affectant l'activité matériellement administrative de la justice semble offrir des perspectives de réussite sensiblement plus élevées en France que sur la péninsule ibérique. L'affirmation se doit néanmoins d'être nuancée, et ce à un double titre.

944. D'une part, en France comme de l'autre côté des Pyrénées, l'ombudsman peut toujours s'adresser directement aux autorités normatives en vue de suggérer la modification des dispositions législatives ou réglementaires intéressant l'administration de la justice²³⁵⁹.

945. D'autre part, la doctrine espagnole semble globalement unanime pour parler d'une collaboration fructueuse entre le Défenseur du Peuple et les autorités judiciaires compétentes pour connaître des plaintes relatives au service public de la justice²³⁶⁰. Trois facteurs en attestent. Tout d'abord, et comme le rapporte Ángel Luis Ortiz González, ancien responsable de la section de l'administration de la justice du Défenseur du Peuple, les nombreuses sollicitations du Ministère public par le Défenseur espagnol²³⁶¹ ont permis l'adoption d'instructions ou de circulaires servant d'appui pour les tribunaux dans l'exercice de leur fonction de défense des droits fondamentaux²³⁶². Ensuite, une coopération particulièrement étroite s'est instaurée entre le Conseil général du pouvoir judiciaire et le Défenseur du Peuple. On en veut pour preuve la consultation du Défenseur par le Conseil général du pouvoir judiciaire à l'occasion de la publication de son *Livre blanc de la justice*. Ou, encore, la réunion de travail tenue en décembre 1996 entre les deux institutions afin d'établir les principaux problèmes détectés par le Défenseur espagnol au sujet de l'administration de la justice²³⁶³. Enfin, dans la mesure où le Conseil général du pouvoir judiciaire partage son domaine de compétence avec le ministère de la justice, le Défenseur du Peuple s'adresse parfois à ce dernier en vue de remédier aux négligences dont font parfois preuve les

²³⁵⁹ Cette fonction des recommandations à finalité normative est notamment pointée du doigt par le professeur Luís Lingnau da Silveira (« O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 732).

²³⁶⁰ En ce sens, v. not. : Á. Huet de Sande, *in Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, *op. cit.*, p. 266 ; Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 339.

²³⁶¹ En 1998, par exemple, le Défenseur du Peuple a sollicité la collaboration du Ministère public à 785 reprises. De même, en 2000, l'ombudsman espagnol s'est adressé 998 fois au Ministère public (rapporté par Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 339).

²³⁶² *Ibid.*

²³⁶³ *Ibid.*, pp. 342-343.

juridictions dans le cadre de leur activité de rendre la justice. Intéressant essentiellement les questions relatives aux moyens matériels et humains de l'institution judiciaire²³⁶⁴, les échanges entre les deux institutions se révèlent à leur tour fructueux. C'est ainsi qu'en 1995, le ministère de la justice, saisi d'une demande en ce sens du Défenseur du Peuple, s'est intéressé aux difficultés d'accès au service public de la justice rencontrées par les citoyens en raison des horaires d'ouverture au public dudit service. L'année suivante, le Défenseur du Peuple interpellait le ministère de la justice sur les difficultés d'accès aux infrastructures judiciaires rencontrées par les personnes atteintes d'un handicap physique²³⁶⁵.

946. Par conséquent, sur la Péninsule ibérique également, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* contribuent activement à la promotion de la bonne administration de la justice. Car, après tout, peu importe que l'ombudsman intervienne directement en cette matière du moment que les atteintes portées aux droits fondamentaux du justiciable sont effectivement réparées. Comme le souligne le professeur Álvaro Gil-Robles, « *l'essentiel est de corriger le défaut dénoncé par le citoyen et de promouvoir les changements structurels et normatifs nécessaires pour que le service public judiciaire soit aussi efficace que possible* »²³⁶⁶. A cet endroit, deux problématiques faisant l'objet d'une attention particulière de la part de l'*human rights ombudsman* méritent d'être mentionnées : les délais excessifs dans la résolution des litiges et l'inexécution des décisions de justice²³⁶⁷.

947. Souligné au Portugal par Henrique Nascimento Rodrigues²³⁶⁸, l'intérêt porté par l'ombudsman spécialisé à la lenteur de la justice s'observait déjà en France sous l'ancien Médiateur de la République. Clairement affirmée à travers son rapport d'activité pour l'année 1999²³⁶⁹, la compétence du Médiateur pour vérifier le caractère excessif des délais d'examen d'une affaire a notamment conduit celui-ci à intervenir dans le cadre de procédures juridictionnelles concernant des personnes âgées en vue d'en accélérer la résolution²³⁷⁰. En outre, le Médiateur n'a pas hésité à dénoncer, toujours dans une perspective de réduction des délais de jugement, l'insuffisance des effectifs et des moyens mis à la disposition des juridictions²³⁷¹. En Espagne, également, le Défenseur du Peuple s'est très rapidement intéressé à la question de la lenteur de la justice. Ainsi, en 1987, l'institution adressait au Conseil général du pouvoir judiciaire une recommandation dénonçant le retard dans le traitement des procédures pénales et leurs répercussions sur le traitement pénitentiaire des personnes privées de liberté²³⁷². Par ailleurs, et à l'instar du Médiateur de la République, le

²³⁶⁴ En ce sens, v. : Á. Gil-Robles, « Le Défenseur du Peuple espagnol et la justice », *op. cit.*, p. 666 ; Á.L. Ortiz González, *op. cit.*, p. 343.

²³⁶⁵ Exemples rapportés par Á.L. Ortiz González, *op. cit.*, p. 344.

²³⁶⁶ Á. Gil-Robles, *op. cit.*, p. 666.

²³⁶⁷ Déjà le premier rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1983 constatait que la majorité des plaintes relatives à l'administration de la justice intéressent la lenteur des juridictions et l'exécution des décisions de justice (*Informe a las Cortes Generales 1983*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1983, p. 25).

²³⁶⁸ H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 78.

²³⁶⁹ Médiateur de la République, *Rapport annuel 1999*, p. 119.

²³⁷⁰ Rapporté par B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, *op. cit.*, p. 68.

²³⁷¹ G. Braibant, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *op. cit.*, p. 285.

²³⁷² Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 342.

ministère de la justice, saisi de recommandations du Défenseur du peuple dénonçant le manque de ressources des tribunaux, a « pris des dispositions pour accorder davantage de moyens matériels (locaux adaptés, personnel) voire pour multiplier le nombre de tribunaux afin de lutter contre la saturation des organes juridictionnels »²³⁷³. Quant au Portugal, le *Provedor de Justiça* rappelait en 1996 que l'impossibilité d'obtenir une décision de justice dans un délai raisonnable constitue une violation indiscutable du droit fondamental à un recours juridictionnel effectif²³⁷⁴.

948. S'agissant de la problématique de l'inexécution des décisions de justice, les rapports d'activité de l'*human rights ombudsman* permettent de constater que l'institution joue régulièrement un rôle d'auxiliaire du juge consistant à aider ce dernier à obtenir le respect de ses décisions²³⁷⁵. A cet effet, le Défenseur du Peuple adoptait, dès 1983, une recommandation sur la question de l'exécution des décisions adoptées par la juridiction administrative²³⁷⁶. Confronté dans ses premières années d'activité à la négligence des organes juridictionnels à l'égard de l'exécution de leurs décisions, le Défenseur du Peuple s'est effectivement efforcé de porter une attention particulière à cette problématique. Dans cette perspective, il n'a pas hésité à charger le Ministère public de veiller à la correcte exécution des décisions adoptées par la juridiction administrative et la juridiction sociale²³⁷⁷.

949. De même, au Portugal, le *Provedor de Justiça* a eu l'occasion de rappeler, à travers son rapport d'activité pour l'année 1994, que le refus de l'Etat de se conformer à une décision de justice le condamnant au versement d'une indemnisation constitue une hypothèse de violation du droit à un recours juridictionnel effectif²³⁷⁸.

950. En France, cette fonction d'aide à l'exécution des décisions de justice occupe une place particulière dans la mesure où, hormis la contribution du Défenseur des droits à l'exécution des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme²³⁷⁹, l'article 25 de

²³⁷³ Á. Gil-Robles, *op. cit.*, p. 666.

²³⁷⁴ Recommandation n° 8/A/96 du 18 janvier 1996, in *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República – 1996*, Lisboa, 1997, pp. 765 et ss.

²³⁷⁵ G. Braibant, « Le droit et l'équité dans la protection du citoyen à l'égard de l'administration », *op. cit.*, p. 101.

²³⁷⁶ Recommandation n° 9/1983, citée par C. Granados Pérez, « Defensor del Pueblo y administración de justicia (La supervisión de la administración de justicia) », *op. cit.*, p. 241.

²³⁷⁷ Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 340.

²³⁷⁸ Recommandation n° 170-94 du 24 novembre 1994, in *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República – 1994*, Lisboa, 1996, pp. 364 et ss.

²³⁷⁹ Dans la continuité de l'ancien Médiateur de la République (en ce sens, v. A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 61), le Défenseur des droits, lors de sa rencontre avec le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, le 15 mars 2012, a, en effet, exprimé la volonté de contribuer au suivi de l'exécution des arrêts de la Cour concernant la France (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 5 et 30). Soutenu dans cette démarche par la Cour de Strasbourg, le Défenseur des droits a commencé à expérimenter ce rôle à la suite de l'arrêt *Popov c. France*, qui a jugé irrégulier et contraire au respect de la vie familiale le placement en rétention de mineurs migrants accompagnants leurs parents (C.E.D.H., 19 janvier 2012, req. n° 39472/07 et 39474/07). Face à la persistance de situations contraires à cette jurisprudence, Dominique Baudis a rencontré, le 1^{er} juin 2012, le ministre de l'intérieur, Manuel Valls, afin que soient données des instructions aux préfets en vue de ne plus placer des enfants en rétention et de rechercher des mesures alternatives à ce placement dans les situations où les personnes sont accompagnées de mineurs. Intervention

la loi organique du 29 mars 2011 offre la possibilité au Défenseur, dès lors que ses recommandations ne sont pas suivies d'effets, d'une part, d'enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires, d'autre part, d'établir un rapport spécial, rendu public, lorsqu'il n'a pas été donné suite à son injonction. Inspiré de l'article 11 de la loi relative à l'ancien Médiateur de la République²³⁸⁰, en vertu duquel le Médiateur était autorisé, en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée, à enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer, ce dispositif se révèle, de toute évidence, propice au développement d'une fonction d'aide à l'exécution des décisions passées en force de chose jugée. Il permet au Défenseur des droits d'ordonner aux débiteurs des droits fondamentaux récalcitrants, après le leur avoir recommandé, de se conformer aux décisions de justice rendues contre eux. Evidemment, il ne s'agit là que d'un mécanisme incitatif, plus dissuasif que répressif, auquel le Défenseur des droits ne saurait recourir qu'en dernière hypothèse, « *lorsque toutes les interventions précédentes ont échoué, et qu'il y a une volonté délibérée de méconnaître la chose jugée* »²³⁸¹. Son usage par l'ancien Médiateur de la République n'en a pas moins donné lieu à des résultats appréciables. Utilisé pour la première fois en 1979 « *en vue d'obtenir de l'Etat le versement d'une indemnité fixée par le juge de l'expropriation* »²³⁸², le dispositif de l'injonction a trouvé à s'exercer à dix reprises en 1987 aux fins de l'exécution de décisions de la juridiction administrative. Les injonctions prononcées ayant généralement été suivies d'effets²³⁸³. Par ailleurs, le Médiateur n'a pas hésité à adopter en 1994 un rapport spécial afin de dénoncer le refus persistant du maire de la Commune de Mennecy d'exécuter le jugement du tribunal administratif de Versailles du 22 juin 1993 condamnant ladite commune à verser les traitements dus à l'un de ses agents²³⁸⁴, l'exécution de la décision de justice étant intervenue quelques semaines après²³⁸⁵.

951. Conclusion du Chapitre 2 et du Titre II. Puisant sa raison d'être actuelle, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, à travers l'insuffisance des traditionnels mécanismes de protection, l'ombudsman spécialisé s'illustre en raison d'une configuration institutionnelle spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux. Qu'il s'agisse de sa fonction, de son statut ou de ses modalités d'intervention, l'*human rights ombudsman*, en dépit des disparités existantes entre le modèle français du Défenseur des droits et le modèle ibérique du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, se présente, en effet, comme une autorité non juridictionnelle poursuivant une mission privilégiée de défense des droits et libertés.

fructueuse puisque, le 3 juillet 2012, Dominique Baudis saluait les engagements du Premier ministre Jean-Marc Ayrault qui annonçait dans son discours de politique générale qu'« *aucun enfant, aucune famille ne sera placé dans un centre de rétention* » (sur ces questions, le lecteur pourra utilement se référer au site internet du Défenseur des droits, à la page [www.defenseurdesdroits.fr] et [www.defenseurdesdroits.fr]).

²³⁸⁰ Art. 11 de la loi du 3 janvier 1973 (loi n° 73-6, *op. cit.*) tel que modifié par la loi du 24 décembre 1976 (loi n° 76-1211, *op. cit.*).

²³⁸¹ B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 90.

²³⁸² R. Chapus, *Droits du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1166.

²³⁸³ Sur ce point, v. Médiateur de la République, *Rapport annuel 1987*, pp. 31-32 et pp. 56 et 66.

²³⁸⁴ Médiateur de la République, *Rapport spécial du 20 septembre 1994*, *J.O.* du 14 octobre 1994, p. 14588.

²³⁸⁵ En ce sens, v. B. Delaunay, *op. cit.*, p. 90.

952. Or, en tant que cette forme de protection procède d'une philosophie distincte de celle offerte par les traditionnelles voies de recours, spécialement juridictionnelles, l'ombudsman spécialisé se révèle en mesure de favoriser l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits fondamentaux complet. Loin de faire double emploi avec les mécanismes classiques de garantie, l'*human rights ombudsman* se révèle, au contraire, porteur d'une véritable valeur ajoutée et, à ce titre, susceptible de répondre à des besoins que ces derniers ne parviennent pas à satisfaire.

953. Bien entendu, l'ombudsman spécialisé ne saurait remédier à l'ensemble des lacunes affectant le système institutionnel de garantie, pas plus, d'ailleurs, qu'il ne saurait se substituer aux traditionnelles voies de recours. En outre, l'apport du Défenseur des droits au système institutionnel français de garantie des droits et libertés ne saurait être strictement équivalent à celui de ses homologues ibériques. Compte tenu des carences institutionnelles qui sont les siennes, l'institution française offre, sur certains points, des perspectives de complémentarité sensiblement moins importantes que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*.

954. Il n'empêche que la capacité de l'ombudsman spécialisé, d'une part, à pallier l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie, d'autre part, à collaborer avec les autres organes de défense des droits et libertés lui permet d'inscrire son action en complémentarité de celle des traditionnelles voies de recours.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

955. Affectés d'imperfections diverses et variées, les traditionnelles voies de recours, bien qu'indispensables, ne sauraient, en définitive, satisfaire l'ensemble des exigences des droits fondamentaux. S'exprimant avec une acuité particulière dès lors que les droits-sociaux créances et les droits des personnes les plus vulnérables sont en cause, de telles imperfections, à l'origine de zones grises au sein du système institutionnel de protection des droits et libertés, se révèlent on ne peut plus propices à la mise en place d'un ombudsman spécialisé.

956. Répondant à un besoin contemporain de consolidation des droits fondamentaux et revêtu d'une configuration institutionnelle spécialement aménagée pour la défense des droits de la personne humaine, l'*human rights ombudsman*, compte tenu de ses caractéristiques propres, se propose, en effet, d'inscrire son action en complémentarité de la protection offerte par les traditionnelles voies de recours et, ainsi, favorise l'émergence d'un système institutionnel de garantie complet.

957. Pièce maîtresse de la protection des droits et libertés, l'ombudsman spécialisé se présente, en somme, comme une forme de garantie incontournable au sein de nos systèmes juridiques contemporains.

958. Incontournable, la protection offerte par l'ombudsman spécialisé ne saurait, pour autant, être surestimée. A l'origine d'avancées indiscutables dans le domaine des droits fondamentaux, elle demeure néanmoins, en raison, notamment, des insuffisances qui sont les siennes, une protection relative.

SECONDE PARTIE
UNE PROTECTION RELATIVE

959. Aussi indispensable soit-elle, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux telle que proposée par l'ombudsman spécialisé n'en demeure pas moins une forme de garantie relative. Bien qu'il favorise l'émergence d'un système institutionnel de garantie complet, l'*human rights ombudsman*, c'est un fait, ne saurait effectivement constituer une panacée en mesure de résoudre tous les problèmes.

960. Commune aux *ombudsmen* ibériques et français, la relativité de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé s'exprime néanmoins avec une acuité sensiblement plus importante en France que de l'autre côté des Pyrénées. Les insuffisances institutionnelles que sont celles du Défenseur des droits en comparaison à ses homologues portugais et espagnol, intimement liées à la rupture du lien qui existait jusqu'à présente entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit, ainsi que les interrogations résultant de la spécificité de son processus de création impliquent que la nouvelle institution française n'est pas en mesure, en l'état actuel du droit positif, de proposer une protection strictement équivalente à celle du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple.

961. Sous couvert de cette précision, deux facteurs attestent de la relativité de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé : d'une part, une approche pragmatique de l'activité de l'institution donne à constater que la consolidation des droits et libertés qui en résulte, plus mesurée en France que de l'autre côté des Pyrénées, varie sensiblement selon le système juridique considéré (TITRE I). D'autre part, cette forme de garantie, outre qu'elle ne saurait remédier à l'ensemble des carences affectant les traditionnelles voies de recours, se trouve elle-même affectée d'insuffisances de nature à préjudicier à l'effectivité de sa fonction de défense des droits fondamentaux et, par conséquent, gagnerait à être perfectionnée (TITRE II).

TITRE I

UNE CONSOLIDATION DES DROITS FONDAMENTAUX VARIABLE

962. Spécialement conçu pour compléter le système institutionnel classique de garantie, l'ombudsman spécialisé, en tant qu'il se révèle en mesure de répondre à des besoins que les autres institutions, également investies d'une mission de défense des droits et libertés, ne parviennent pas à satisfaire, participe, dans la pratique, d'un mouvement de consolidation des droits fondamentaux indiscutable. Confirmant le caractère indispensable de cette forme de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, un tel mouvement de consolidation des droits de la personne humaine varie toutefois sensiblement selon le système juridique considéré.

963. Une approche pragmatique des actions du Défenseur des droits et des *ombudsmen* ibériques donne effectivement à constater que celles-ci ne sauraient être placées sur le même plan. Indépendamment du fait que l'on ne peut raisonnablement assimiler les trente années d'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* aux quelques mois de fonctionnement du Défenseur des droits, l'institution française, compte tenu des insuffisances qui sont les siennes, ne saurait effectivement proposer, en l'état actuel du droit positif, une protection aussi aboutie que celle offerte par ses homologues espagnol et portugais.

964. En somme, la consolidation des droits fondamentaux à laquelle participe l'ombudsman spécialisé, incontestable de l'autre côté des Pyrénées (Chapitre 1), se révèle nécessairement plus mesurée en France (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une réussite incontestable au sein de la péninsule ibérique

965. Offrant un recul suffisant pour dresser un bilan de leur activité, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* peuvent, de toute évidence, se prévaloir d'une réussite incontestable. Déjà soulignée par les parlementaires espagnols lors du débat organisé devant les Cortès Générales à la suite de la présentation par le Défenseur du Peuple de son premier rapport annuel d'activité²³⁸⁶, cette réussite ne fait désormais aucun doute. Le nombre élevé de réclamations, tant individuelles que collectives²³⁸⁷, adressées aux deux institutions est là pour en témoigner. Comme le fait remarquer le professeur Dmitri Georges Lavroff à propos de l'institution espagnole, « *aujourd'hui, tout le monde semble être convaincu du bien-fondé de la création du Défenseur du Peuple. Ce sentiment s'appuie sur l'incontestable intérêt que le Défenseur du Peuple suscite, qui peut être mesuré par le nombre de plaintes reçues* »²³⁸⁸. Saisis dès leurs premières années d'activité d'une avalanche de plaintes²³⁸⁹, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* ne cessent, depuis lors, d'être sollicités par les citoyens espagnols et portugais²³⁹⁰. A tel point que, en définitive, ce ne sont plus seulement les citoyens qui s'adressent à eux, mais également les institutions publiques²³⁹¹.

966. Confirmant le caractère indispensable de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé de l'autre côté des Pyrénées²³⁹², une telle sollicitation doit, de toute évidence, être appréhendée à l'aune des importantes avancées rendues possible par les deux institutions dans le domaine des droits fondamentaux. Une approche concrète de l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* permettant de constater que ces derniers remplissent leur mission de défense des droits de la personne humaine avec une grande efficacité. Globalement délaissé par la littérature ibérique qui, jusqu'à présent, s'est essentiellement

²³⁸⁶ Rapporté par Á. Gil-Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 90.

²³⁸⁷ Sur ce point, v. en part. l'annexe 6.

²³⁸⁸ D.G. Lavroff, « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 556.

²³⁸⁹ En ce sens, v. C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 70.

²³⁹⁰ Sur ce point, le lecteur pourra également se reporter à l'annexe 5.

²³⁹¹ A cet égard, le professeur Álvaro Gil-Robles rapporte, à propos du Défenseur du Peuple, que « *dans certains cas, ce sont les municipalités elles-mêmes qui ont requis sa collaboration et son conseil, demandant une interprétation de la part du bureau du Défenseur du Peuple sur certaines dispositions de caractère général et la détermination des critères les plus adéquats pour leur application. Ce fut le cas notamment de la mairie de Madrid qui, à travers son service du contentieux-administratif, et sur instruction du maire, a sollicité l'avis de l'institution sur la validité de l'arrêté fiscal réglementant la taxe de stationnement surveillé. Le fond du problème concernait entre autres question la détermination de ce qui était considéré comme stationnement surveillé, la possibilité ou non pour la mairie de percevoir une taxe pour une simple occupation du domaine public (ce qui était expressément interdit par l'article 86 du RD 3250/76) ou s'il fallait prévoir une surveillance sur les véhicules, ainsi que la question de savoir si les surveillants chargés de dénoncer les infractions avaient ou non la condition d'agents de l'autorité, car dans le cas contraire leurs plaintes n'auraient pas les effets légaux désirés. Le Défenseur, dans sa recommandation (n° 20/1985) (transmise au maire de Madrid et également au ministre de l'économie et des finances), avertissait de la nécessité d'inclure dans le concept de surveillance également celui de gardiennage des véhicules, pour que l'arrêté municipal ne contredise par le décret indiqué et considèrerait également que les personnes qui formulaient les plaintes n'étaient pas des agents de l'autorité et qu'en conséquence il était nécessaire de chercher une couverture légale à cette situation* » (« Le respect de la légalité par les autorités locales en Espagne. Le rôle du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, pp. 478-479).

²³⁹² En ce sens, v. not. : F. Alves Correia, « Do ombudsman ao Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 91 ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 12.

concentrée sur la configuration institutionnelle du modèle ibérique de l'ombudsman²³⁹³, le contenu matériel de l'activité du Défenseur espagnol et de son voisin portugais ne saurait évidemment faire l'objet d'une étude exhaustive. Dans la mesure où le premier comptabilise trente années d'activité et le second près de quarante, l'exercice mériterait, en effet, une thèse à lui seul²³⁹⁴. L'analyse des interventions les plus remarquables des deux institutions, sur la base, notamment, de leurs rapports annuels d'activité, apparaît, en revanche, tout à fait envisageable. Sources d'informations privilégiées, de tels rapports offrent l'occasion de constater que l'activité des *ombudsmen* ibériques contribue non seulement au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale (Section 1), mais également à la promotion de ces mêmes droits à l'échelle internationale (Section 2).

Section 1 – Le renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale

967. Spécialement aménagés pour garantir l'effectivité des droits et libertés consacrés par la Constitution, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* contribuent indiscutablement au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale. Recourant, pour ce faire, à l'ensemble des prérogatives mises à leur disposition²³⁹⁵, les *ombudsmen* ibériques, quelles que soient les personnalités à la tête de l'institution, n'ont effectivement de cesse de mener à bien leur fonction de défense des droits de la personne humaine le plus diligemment possible. C'est ainsi qu'en Espagne, le Défenseur du Peuple, avec une moyenne de cent recommandations à finalité normative adressées chaque année depuis 1995²³⁹⁶, ne se contente pas de résoudre les affaires ponctuelles ou individuelles qui se présentent à lui mais s'efforce également d'en tirer des enseignements généraux en vue de remédier aux conséquences néfastes pour les droits fondamentaux des décisions adoptées par les autorités normatives²³⁹⁷. Surtout, le pourcentage d'interventions du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais réussies, bien que perfectible²³⁹⁸, se révèle très honorable²³⁹⁹.

968. Mais c'est avant tout d'un point de vue matériel que peut être apprécié l'apport du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* pour les droits et libertés

²³⁹³ Sur ce point, v. par ex. G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 229-230.

²³⁹⁴ *Ibid.*, p. 232.

²³⁹⁵ Déjà en 1988 le professeur Luís Lingnau da Silveira, se livrant à un bilan des dix premières années d'activité du *Provedor de Justiça*, constatait que l'institution portugaise avait usé de l'ensemble de ses prérogatives (« O Provedor de Justiça », *op. cit.*, pp. 719 et ss.).

²³⁹⁶ En ce sens, v. F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 55.

²³⁹⁷ Sur ce point, v. Á. Gil-Robles, « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 90.

²³⁹⁸ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1319.

²³⁹⁹ Comme le souligne très justement la professeur Luís Lingnau da Silveira, il est, de toute évidence, très difficile de disposer de données rigoureuses au sujet des effets des recommandations adressées par l'ombudsman dès lors que la plupart d'entre elles se matérialisent plusieurs années après leur formulation (« O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 731). Cela étant, certains auteurs se sont tout de même proposés d'évaluer le succès des interventions des *ombudsmen*. C'est ainsi qu'au Portugal, par exemple, Manuel Meirinho Martins et Jorge de Sá évaluent la moyenne du taux d'interventions réussies par le *Provedor de Justiça* entre 1996 et 2004 à 78,7% (*O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, p. 97).

constitutionnellement garantis. Initialement conçus comme des instruments au service de la transition démocratique, les *ombudsmen* ibériques, conformément à l'ambition des dirigeants politiques espagnols et portugais, ont, dans un premier temps, joué un rôle actif dans le processus d'ancrage des droits fondamentaux à la sortie des dictatures salazariste et franquiste (§ 1). Fortes de cette première expérience, qui leur a permis de forger leurs lettres de noblesse, les deux institutions ibériques contribuent, désormais, à l'affermissement de cette catégorie de droits (§ 2). En somme, l'action du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais s'illustrent en raison d'une évolution similaire dont la dimension originelle d'acclimatation des droits et libertés nouvellement garantis par la Constitution a progressivement laissé la place à une recherche de renforcement de ces mêmes droits et libertés.

§ 1. La participation à l'ancrage des droits fondamentaux lors de la transition démocratique

969. S'inscrivant en réaction aux abus commis sous les régimes autoritaires salazariste et franquiste, l'apparition de l'*human rights ombudsman* sur la péninsule ibérique, on l'a vu, se trouve intimement liée à la volonté originelle des dirigeants politiques portugais et espagnols de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit et, surtout, d'en assurer l'implantation à la sortie d'une période de dictature longue de près d'un demi-siècle. Conscients que la seule consécration de l'Etat de droit ne saurait suffire pour en assurer l'effectivité pratique, ces derniers appréhendent effectivement l'institution de l'ombudsman comme un mécanisme susceptible de faciliter la transition vers la démocratie²⁴⁰⁰. Or, dans le cadre de ce processus d'acclimatation de l'Etat de droit, l'ancrage des droits et libertés constitutionnellement garantis a indiscutablement occupé une place centrale dans l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. La preuve en est donnée par leurs premiers rapports annuels d'activité. Véritables plaidoyers en faveur des valeurs véhiculées par le régime démocratique nouvellement mis en place, ces rapports affichent une volonté non dissimulée de la part des *ombudsmen* ibériques de contribuer à l'implantation des droits fondamentaux²⁴⁰¹. Guidant les premiers pas du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, cette participation au processus d'enracinement des droits fondamentaux, bien qu'appartenant au passé, mérite d'être soulignée dès lors qu'elle témoigne, à sa façon, de la réussite de la protection des droits de la personne humaine offerte par l'*human rights ombudsman* de l'autre côté des Pyrénées. Evidemment, les premières années d'activité des *ombudsmen* ibériques ne sauraient se réduire à cette fonction d'implantation des droits et libertés nouvellement consacrés par le texte

²⁴⁰⁰ Sur ces questions, le lecteur pourra utilement se reporter aux propos introductifs de cette étude.

²⁴⁰¹ Ainsi, au Portugal, le *Provedor de Justiça* se présente, à travers son rapport d'activité pour l'année 1977, comme « un garant des droits et libertés des citoyens et un facteur décisif d'une véritable et authentique démocratisation de la vie nationale » (*Relatório do Provedor de Justiça – 1977*, Secretaria de Estado da comunicação nacional, Direcção-geral da divulgação, p. 9). De même, en Espagne, le second rapport annuel d'activité du Défenseur du Peuple précise que « les deux [...] versants de la mission constitutionnelle du Défenseur – protéger les droits fondamentaux de chaque personne individuelle et collective et assurer le plein respect de la Constitution – convergent vers une troisième dimension consistant dans la participation à l'orientation de notre Peuple sur le chemin d'une "société démocratique avancée", dans laquelle est possible une expérience véritable et effective des principes et valeurs supérieurs d'un authentique Etat social de droit, à la lumière [...] du titre préliminaire et du titre I de la Constitution » (*Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 13).

constitutionnel, car, à la vérité, celle-ci s'intègre dans leur activité plus générale de défense des droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que les premiers titulaires de la fonction de Défenseur du Peuple et de *Provedor de Justiça* se sont montrés on ne peut plus attentifs à la problématique de l'acclimatation des droits et libertés établis par la Constitution. Cette contribution à l'ancrage des droits fondamentaux peut être appréciée au regard de deux facteurs : d'un côté, la sensibilisation des bénéficiaires et, surtout, des débiteurs des droits fondamentaux aux valeurs véhiculées par cette catégorie de droits (A) et, d'un autre côté, la condamnation des pratiques liberticides héritées des régimes salazariste et franquiste (B).

A. La sensibilisation des citoyens et des pouvoirs publics aux valeurs des droits fondamentaux

970. Ignorées durant près d'un demi-siècle par les régimes autoritaires franquiste et salazariste, les libertés fondamentales, tout en étant juridiquement consacrées, se révèlent être globalement inconnues lors du retour de la démocratie en Espagne et au Portugal. Le poids des traditions autoritaires, empruntées d'une politique fortement liberticide, implique une extrême fragilité des droits et libertés nouvellement garantis et une difficulté évidente pour en assurer l'implantation au sein de la société civile et étatique. Or, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, en s'efforçant, d'une part, de familiariser les citoyens avec leurs droits fondamentaux (1), d'autre part, d'éduquer les pouvoirs publics aux exigences de ces mêmes droits (2), ont largement contribué à la diffusion d'une culture des droits de l'homme et, ce faisant, à l'implantation des droits et libertés constitutionnellement garantis.

1. La recherche de familiarisation des citoyens avec leurs droits fondamentaux

971. Si la chute des dictatures portugaise et espagnole s'accompagne d'un attrait certain pour la liberté, c'est toutefois une situation d'anomie sociale²⁴⁰² qui prédomine lors des premières années de fonctionnement de la démocratie. Rien de bien surprenant toutefois dès lors que la longévité considérable dont ont fait preuve les régimes autoritaires salazariste et franquiste implique qu'une importante majorité de portugais et d'espagnols n'a jamais connu autre chose que la dictature, tandis que l'autre partie a oublié le sens de la liberté²⁴⁰³. A

²⁴⁰² Notion sociologique conceptualisée par Emile Durkheim à travers son ouvrage *Le suicide*, l'anomie peut être définie comme l'« état dans lequel il y a carence ou déficience de règles sociales communément acceptées, de sorte que les individus ne savent plus comment orienter leur conduite » (C-D. Echaudemaison (Dir.) et alii., *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, op. cit., p. 21).

²⁴⁰³ Cette problématique s'exprime cependant en des termes différents selon le pays considéré. En Espagne, l'ouverture du régime franquiste au système économique occidental à partir des années cinquante (en ce sens, v. entre autres : M.J. González González, « La economía del franquismo », in Diaz Gijon, D. Fernández Navarrete, M.J. González González, P.A. Martínez Lillo et Á. Carmona Soto, *Historia de la España actual, 1939-1996, Autoritarismo y democracia*, op. cit., pp. 176 et ss. ; G. Hermet, *L'Espagne de Franco*, op. cit., pp. 123 et ss. ; F. Peyrègne, *L'Espagne du XXe siècle : le franquisme*, Ellipses, Paris, 2000, pp. 37-40), sous l'influence des technocrates de l'Opus Dei (sur ce point, v. « Les technocrates de l'Opus Dei », in E. Bailby, *L'Espagne vers la démocratie*, op. cit., pp. 29-40), conduit, bon gré mal gré, à une certaine libéralisation politique. Notamment, les espagnols disposent de l'opportunité de quitter le territoire plus facilement (en ce sens, v. J. Georgel, *Le Franquisme, histoire et bilan (1939-1969)*, op. cit., p. 341) et de s'imprégner des valeurs de la liberté au sein des démocraties voisines. De même le développement du tourisme confronte inexorablement

l'origine de cicatrices profondément ancrées dans les esprits, l'indifférence exprimée par ces deux dictatures à l'adresse des droits de l'homme oblige, en effet, les citoyens à apprendre ou à réapprendre l'ensemble des valeurs de l'Etat de droit. Les individus doivent prendre conscience que, dans une démocratie libérale, l'Etat ne saurait agir arbitrairement, mais exclusivement dans le respect de la légalité et, qu'à ce titre, ils sont titulaires de droits et disposent de moyens juridiques pour les faire valoir. Pour autant, ce processus de familiarisation avec les droits et libertés nouvellement consacrés par la Constitution et, plus largement, avec leurs mécanismes de garantie, constitue quelque chose de nécessairement long et difficile à réaliser. Outre que l'absence de tradition démocratique suppose que le « mode d'emploi » d'appropriation des valeurs affichées par le nouveau régime demeure largement inconnu, la liberté peut s'avérer quelque peu effrayante²⁴⁰⁴ pour une population qui en a été privée durant près d'un demi-siècle²⁴⁰⁵. Comme le soulignait déjà en son temps Alexis de Tocqueville, « *il n'est rien de plus fécond en merveilles que l'art d'être libre ; mais il n'y a rien de plus dur que l'apprentissage de la liberté* »²⁴⁰⁶. Pire, la liberté est parfois perçue « *comme une pourvoyeuse d'angoisse, avide d'efforts, plus exigeante que la cruelle servitude* »²⁴⁰⁷. A tel point que les citoyens n'hésitent pas à y renoncer délibérément²⁴⁰⁸. Dans ces conditions, l'observateur ne sera pas surpris de constater que, malgré un désir évident de renouer avec les droits fondamentaux, une certaine peur de la nouveauté est également palpable au sein de la société civile espagnole et portugaise²⁴⁰⁹.

972. C'est au regard d'un tel contexte que doit être appréhendée l'entreprise d'éducation des citoyens aux valeurs des droits fondamentaux assumée par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* lors de leurs premières années d'activité. En Espagne, notamment,

l'Espagne au libéralisme du monde extérieur. Surtout, une société civile commence à se constituer, synonyme de préparation à la démocratie (en ce sens, v. par ex. V. Pérez-Díaz, *La démocratie espagnole vingt ans après*, Editions complexe, 1996, pp. 16 et ss.). Rien de tel au Portugal qui demeure hermétique à toute forme de modernité jusqu'à la mort de Salazar. En ce sens, le professeur Jacques Georgel rapporte que « *toute idée neuve irrite ou accable Salazar. L'idéal est : hier. Le temps doit être suspendu, l'évolution est un danger [...]* » (*Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative*, Ed. Apogée, Rennes, 1999, p. 216). Pire, le dictateur s'acharne à maintenir son pays dans une situation d'isolement total. Mário Soares relate ainsi que Salazar « *concevait le Portugal comme une espèce de propriété rurale, très fermée afin d'éviter les contagions impures de la civilisation extérieure* » (*Le Portugal bâillonné. Un témoignage*, op. cit., p. 29). A la suite d'un tel contexte d'autarcie, la situation d'anomie sociale qui prédomine à la sortie de la dictature salazariste se veut encore plus prononcée que chez le voisin espagnol.

²⁴⁰⁴ Sur cette question, v. Erich Fromm, *La peur de la liberté*, trad. C. Janssens, Buchet-Chastel, Paris, 1963. Titre original : *Escape from Freedom*, New York, 1941.

²⁴⁰⁵ En ce sens, le professeur Carlos Giner de Grado relate que « *le peu de périodes où l'espagnol a joui de la liberté a produit, entre autres séquelles, une espèce de confusion, de scepticisme ou de fatalisme, quand il s'est trouvé entraîné à respirer à plein poumons dans un environnement sain de liberté* » (*El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, op. cit., p. 8).

²⁴⁰⁶ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome II, Société belge de librairie, Bruxelles, 4^{ème} éd., 1837, p. 228.

²⁴⁰⁷ G. Burdeau, *Traité de science politique, tome V, Les Régimes politiques*, op. cit., p. 407.

²⁴⁰⁸ Sur ce point, le célèbre discours d'Etienne de la Boetie se révèle on ne peut plus éclairant. Le jeune philosophe y dresse le constat, aussi terrifiant que paradoxal, que la servitude n'existe que parce qu'elle est volontaire (*Discours de la servitude volontaire*, 1549, Gallimard, Folio plus philosophie, Paris, 2008).

²⁴⁰⁹ En témoigne un sondage organisé à la chute du franquisme révélant que si 75 % du corps électoral est favorable à la mise en place d'un système démocratique de type occidental, tout de même 61 % des personnes interrogées désirent que le changement se fasse peu à peu (J.M. Maravall, « La Política de la Transición », in M. Goulemot Baeso, *L'Espagne de la mort de Franco à l'Europe des douze*, op. cit., p. 23).

Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes, confronté à un nombre considérable de plaintes consistant dans la seule obtention d'informations au sujet de l'étendue des droits et libertés nouvellement consacrés²⁴¹⁰, évoque, dans le cadre de son discours introductif relatif au premier rapport d'activité du Défenseur du Peuple, une importante confusion, chez bon nombre de citoyens, quant à la portée exacte de leurs droits fondamentaux et à la façon de les exercer²⁴¹¹. En matière de justice sociale, par exemple, le rapport d'activité pour l'année 1983 constate l'incapacité de la majorité des citoyens à comprendre et à maîtriser la complexité des règles encadrant le régime espagnol de sécurité sociale²⁴¹². De même, dans le domaine de l'éducation, ce même rapport précise que pas moins de 50 % des plaintes adressées à l'institution ont pour seul objet la communication de renseignements au sujet de diverses questions intéressant le système éducatif espagnol, pour conclure à un déficit de connaissance par les citoyens des traits fondamentaux de ce système et des normes qui le régissent²⁴¹³. Face à un tel constat, le Défenseur du Peuple s'est efforcé, à l'instar de son homologue portugais, de développer une politique d'information et d'assistance juridique des bénéficiaires des droits fondamentaux²⁴¹⁴. Un exemple en ce sens est donné par le rapport d'activité du Défenseur espagnol pour l'année 1984²⁴¹⁵. Saisi de plusieurs plaintes dénonçant le préjudice subi par des personnes mises en examen, puis finalement acquittées, du fait de leur placement en détention provisoire, le Défenseur du Peuple a informé les intéressés de la possibilité de se faire indemniser sur le fondement de l'article 121 de la Constitution espagnole²⁴¹⁶ qui, bien que n'ayant pas fait l'objet d'une loi de développement, était considéré par le Tribunal constitutionnel comme un droit de contenu efficace²⁴¹⁷.

973. Dans un registre quelque peu différent, mais tout aussi révélateur de cette recherche de familiarisation des administrés avec leurs droits fondamentaux, l'institution espagnole s'est également employée à orienter les citoyens vers les mécanismes de garantie des droits et libertés susceptibles de répondre à leurs attentes. Pour ce faire, le Défenseur du Peuple a largement usé de la faculté que lui octroie l'article 17-1 de la loi organique du 6 avril 1981 d'assortir les déclarations d'irrecevabilité des plaintes qui lui sont adressées de l'indication des moyens alternatifs que le plaignant peut, le cas échéant, mettre en œuvre pour faire valoir ses droits²⁴¹⁸. C'est là une initiative suffisamment louable pour être soulignée dès lors que l'une des principales difficultés rencontrée par la société espagnole et portugaise post-

²⁴¹⁰ En ce sens, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), *op. cit.*, p. 69.

²⁴¹¹ « L'analyse des plaintes reçues en 1983 a permis de confirmer le fait qu'il existe un important déficit d'information de nombreux secteurs de la population sur leurs droits à l'encontre de l'administration publique, sur les normes régissant l'action de cette dernière, sur les voies et les délais de recours, sur les exigences et les procédures à respecter pour les mettre en œuvre [...] » (Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 23). Ce constat est d'ailleurs réitéré dans le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1984 (Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 24).

²⁴¹² Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 76.

²⁴¹³ *Ibid.*, p. 103.

²⁴¹⁴ En ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 24.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 25 et 71.

²⁴¹⁶ Aux termes de cette disposition, « les dommages causés par une erreur judiciaire, ainsi que ceux qui sont la conséquence d'un fonctionnement anormal de l'administration judiciaire, ouvrent droit à une indemnisation à la charge de l'État, conformément à la loi ».

²⁴¹⁷ STC 36/1984 du 14 mars 1984, *B.O.E.* du 14 mars 1984, FJ 4.

²⁴¹⁸ Sur ce point, v. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 24.

dictatoriale réside dans la méfiance exprimée par les citoyens à l'égard des institutions traditionnellement chargées de la garantie des droits fondamentaux, en tête desquelles l'autorité judiciaire. Gardienne incontournable des droits et libertés dans un régime démocratique, cette dernière pâtit, en effet, de la corruption dont elle a été l'objet sous les dictatures portugaise et espagnole. Le professeur Pere Vilanova souligne à ce propos que « *l'opinion publique et les acteurs qui dirig[ent] la transition partag[ent] une même méfiance logique envers le pouvoir judiciaire très administratif, amplement compromis avec le régime franquiste, n'ayant connu aucune épuration [...] et marqué à droite [...] avec certaines exceptions ponctuelles* »²⁴¹⁹.

974. Par ailleurs, et surtout, l'ombudsman espagnol n'a pas hésité à rappeler le devoir pour les pouvoirs publics et les fonctionnaires d'informer les citoyens quant à la portée et aux modalités d'exercice de leurs droits fondamentaux. Ceci est particulièrement vrai en matière de droit à la protection de la santé où le Défenseur du Peuple, constatant, à travers son premier rapport annuel d'activité, le grave déficit d'information des malades et des usagers, a fermement condamné la pratique consistant à ne pas fournir les renseignements appropriés aux utilisateurs des services de santé, en particulier lorsque sont en jeu des questions telles que l'accès à certaines prestations médicales ou pharmaceutiques, les modalités d'utilisation de services sanitaires extérieurs à la sécurité sociale (ambulances, transferts d'hôpitaux...) ou, encore, l'accès aux voies institutionnelles de réclamation des droits²⁴²⁰.

975. Animés d'une volonté d'ancrage des droits et libertés nouvellement consacrés, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* ont, ainsi, incontestablement contribué à la familiarisation des citoyens avec les droits fondamentaux lors des premières années de fonctionnement de la démocratie en Espagne et au Portugal. Illustration, parmi d'autres, du succès de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé de l'autre côté des Pyrénées, cette entreprise de sensibilisation aux valeurs de la liberté s'est révélée d'autant plus fructueuse que la possibilité donnée aux citoyens, après plusieurs années de dictature, de s'adresser directement à une institution fonctionnant comme un instrument de participation politique²⁴²¹ a permis à la société civile espagnole et portugaise de s'approprier les droits et libertés constitutionnellement garantis en revendiquant leur effectivité face à l'action des pouvoirs publics. Cette entreprise de familiarisation des citoyens aux droits de la personne humaine s'est accompagnée d'un effort d'éducation des pouvoirs publics aux exigences de ces mêmes droits.

2. L'éducation des pouvoirs publics aux exigences des droits fondamentaux

976. Sous la coupe de Salazar et de Franco durant près d'un demi-siècle, les pouvoirs publics portugais et espagnols, spécialement l'administration, constituent une importante source d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux lors du retour de la démocratie de l'autre

²⁴¹⁹ P. Vilanova, « Espagne, trente ans de démocratie : notes pour un bilan », *Pouvoirs*, 2008, n° 124, p. 13.

²⁴²⁰ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 71.

²⁴²¹ Sur cette question, v. en part. M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, op. cit., pp. 56 et ss.

côté des Pyrénées. A l'impératif de sensibilisation du peuple aux vertus des droits fondamentaux s'ajoute ainsi celui consistant à rééduquer les institutions publiques, fortement contaminées par la philosophie de l'ancien régime, au respect de ces mêmes valeurs. La tâche n'est toutefois pas aisée dans la mesure où l'appareil administratif, en tant que pierre angulaire du système de surveillance de la population sous la dictature, se montre profondément inadapté aux exigences que sont le respect de la sphère individuelle privée et des libertés qui s'y rapportent. Affirmation d'autant plus vraie en Espagne que la transition démocratique, à la différence de son voisin portugais, s'effectue sans épuration. Salutaire sur le plan de la recherche du consensus et de la cohésion sociale, le refus des dirigeants espagnols de pratiquer une « *chasse aux sorcières* »²⁴²² post-dictatoriale a pour conséquence immédiate une inadaptation de l'administration publique au soubassement libéral postulé par la théorie de l'Etat de droit.

977. Or, en cette matière également, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* ont indiscutablement contribué à « "ré-éduquer" les fonctionnaires à s'acquitter de leurs fonctions autrement que par le passé » et, par là-même, à respecter les droits fondamentaux²⁴²³. Dépourvus de tout lien avec les régimes précédents, les *ombudsmen* ibériques, grâce à leur aptitude au dialogue et à leur magistrature d'influence, sont effectivement parvenus à orienter l'activité des pouvoirs publics conformément aux principes véhiculés par les droits et libertés constitutionnellement garantis. A cet effet, le Défenseur du Peuple Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes souligne, dès son premier rapport d'activité pour l'année 1983, que « *les postulats de l'Etat de droit démocratique et social ont constitué une source d'inspiration constante pour l'institution et, qu'à ce titre, celle-ci est intervenue avec diligence et fermeté face à un quelconque indice d'arbitraire ou d'usage excessif, détourné ou irraisonnable des pouvoirs discrétionnaires reconnus aux organes administratifs par la loi* »²⁴²⁴.

978. C'est ainsi que les silences abusifs de l'administration ont fait l'objet d'une vigilance particulière de la part du Défenseur du Peuple dès l'instant où les droits fondamentaux des administrés étaient en jeu²⁴²⁵. Récurrente dans les matières économiques et sociales²⁴²⁶, cette tendance de l'administration à ne pas répondre aux réclamations des citoyens a conduit l'institution espagnole à adresser une série d'avertissements aux services concernés²⁴²⁷; avertissements à l'origine d'avancées significatives. En témoigne, par exemple, l'issue de la

²⁴²² W. Genieys, « La grande transformation de l'administration publique en Espagne. Une transition sans épuration », in F. Dreyfus (Dir.) et alii., *L'administration dans les processus de transition démocratique*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2004, p. 71.

²⁴²³ L. Lehtimaja, « Le Médiateur et son action en faveur de la protection des citoyens », in *Une protection des droits plus proche des citoyens : le médiateur aux niveaux local et régional*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, p. 16.

²⁴²⁴ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 117.

²⁴²⁵ Sur ce point, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), op. cit., pp. 63 et ss.

²⁴²⁶ Le professeur Victor Fairén Guillén relate, en ce sens, plusieurs exemples de silences abusifs de l'administration portés à la connaissance de la section de l'économie et de la section du travail du Défenseur du Peuple lors de la première année d'activité de l'institution (*Ibid.*, pp. 65-66).

²⁴²⁷ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 33.

plainte n° 2138/83 adressée au Défenseur du Peuple le 3 janvier 1983²⁴²⁸. En l'espèce, il s'agissait d'un chômeur ayant obtenu du conseil des prud'hommes le prononcé d'indemnités en raison de son licenciement pour motifs économiques²⁴²⁹. Fort de ce jugement, l'intéressé déposa, le 17 octobre 1979, un dossier devant le Fonds de garantie salariale afin de percevoir lesdites indemnités. N'obtenant pas de réponse du Fonds de garantie, celui-ci s'adressa au Défenseur du Peuple qui, après enquête, précisa à l'organisme en cause qu'un refus présumé en raison du silence gardé par l'administration ne saurait exonérer cette dernière de son devoir, prévu par l'article 94.3 de la loi de procédure administrative non contentieuse, d'adresser une réponse explicite aux administrés. De plus, le Défenseur se montra peu convaincu par la justification avancée par le Fonds de garantie, selon laquelle l'intéressé, chômeur sans ressources et avec des salaires pendants, pouvait toujours introduire un recours hiérarchique ou contentieux. De nature à faire peser sur le requérant une charge excessivement lourde et, au demeurant, superflue, une telle solution supposait, de surcroît, une multiplication des procédures et un retard incompatibles avec les principes consacrés par l'article 103 de la Constitution. Accusant réception de la recommandation formulée par le Défenseur du Peuple, l'administration notifia finalement à l'intéressé la résolution favorable de son dossier.

979. Outre la problématique du silence abusif de l'administration, la question des conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire, spécialement de la motivation des actes administratifs discrétionnaires intéressant les droits individuels, a également retenu la vigilance du Défenseur espagnol. Sur ce point, le rapport d'activité de l'institution pour l'année 1984 se veut on ne peut plus explicite. Le Défenseur du Peuple, après y avoir rappelé que « *le pouvoir discrétionnaire de l'administration implique, de la même manière que l'exercice des autres fonctions administratives, certains mécanismes de contrôle et, en définitive, le respect des préceptes reconnus par l'article 103-1 de la Constitution, notamment le principe selon lequel l'administration publique sert avec objectivité les intérêts généraux et agit dans le respect de la loi et du droit* »²⁴³⁰, précise que le régime des actes administratifs discrétionnaires, en raison, précisément, de la nature de ces actes, impose un exposé des motifs sur la base desquels il est procédé au rejet d'une prétention susceptible de recouvrir un droit ou un intérêt légitime²⁴³¹.

980. De façon plus ambitieuse, l'institution espagnole n'a pas hésité, à l'image de son voisin portugais, à faire usage de son pouvoir de proposition de réformes en vue d'améliorer la reconnaissance des droits constitutionnellement reconnus et de promouvoir un comportement de l'administration publique respectueux des principes constitutionnels²⁴³². Saisi à l'occasion de sa première année d'activité de 30000 plaintes²⁴³³, le Défenseur du Peuple a, en effet, très rapidement constaté « *la nécessité et, dans bon nombre d'hypothèses, l'urgence de stimuler des réformes de caractère général, relatives au fonctionnement, à la structure et à*

²⁴²⁸ *Ibid.*, p. 63.

²⁴²⁹ L'entreprise qui l'employait se trouvait dans une situation de cessation de paiements.

²⁴³⁰ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984, op. cit.*, p. 59.

²⁴³¹ *Ibid.*

²⁴³² *Ibid.*, p. 116.

²⁴³³ Sur ce point, v. l'annexe 5.

l'organisation d'entités ou services administratifs déterminés [...] en vue d'améliorer la protection et la promotion des droits reconnus par le titre premier de la Constitution »²⁴³⁴. A cet égard, le Défenseur espagnol préconisa, dès 1983, une modification de la législation relative aux relations entre les citoyens et l'administration publique dans le sens d'une information plus rapide et plus complète des administrés, d'une plus grande attention de la part de l'administration vis-à-vis des plaintes et des réclamations qui lui sont adressées et, surtout, d'une résolution de celles-ci dans le respect des délais établis par la loi²⁴³⁵. La même année, l'institution espagnole souligna la nécessité de remédier aux hypothèses de discriminations fondées sur le sexe²⁴³⁶, toujours contenues dans certaines dispositions législatives, en vue de permettre l'accomplissement effectif de l'article 14 de la Constitution²⁴³⁷.

981. Dans un sens similaire, le *Provedor de Justiça* a largement contribué au perfectionnement du projet de décret-loi relatif à la légalité de l'action administrative et aux droits individuels des citoyens. Consulté, à l'occasion de sa troisième année d'activité, sur ce projet de décret-loi, l'ombudsman portugais recommanda au gouvernement de prendre en considération le droit constitutionnel des citoyens d'être informés du déroulement et du contenu de la procédure administrative non contentieuse²⁴³⁸, ainsi que le droit pour les administrés d'être entendus avant qu'une décision administrative soit adoptée²⁴³⁹.

982. En définitive, il apparaît que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, dans le cadre de leur entreprise d'ancrage des droits fondamentaux lors du retour de la démocratie en Espagne et au Portugal, ont indiscutablement contribué à éduquer les pouvoirs publics et, plus particulièrement, l'administration, au respect des exigences des droits et libertés nouvellement consacrés. Or, cette sensibilisation des pouvoirs publics se trouve à l'origine d'avancées indéniables. Au Portugal, notamment, Maria Eduarda Ferraz, ancienne assessseure du *Provedor de Justiça*, relate un certain nombre d'hypothèses où l'administration, confrontée à des situations d'atteintes portées aux droits fondamentaux, a fait appel, de sa propre initiative, aux services de l'ombudsman afin que celui-ci mette un terme à l'atteinte constatée²⁴⁴⁰. Ce fut par exemple le cas en 1986 lorsque le gouvernement s'adressa au *Provedor* en vue de faire la lumière sur des cas de violences et d'abus d'autorité de la part de certains agents de la police de sécurité publique²⁴⁴¹. A l'évidence, c'est là une preuve du succès du processus d'éducation

²⁴³⁴ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 117.

²⁴³⁵ *Ibid.*

²⁴³⁶ *Ibid.*, p. 118.

²⁴³⁷ Aux termes de l'article 14 de la Constitution espagnole, « les Espagnols sont égaux devant la loi, sans aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou sur toute autre situation ou circonstance personnelle ou sociale ».

²⁴³⁸ Aux termes de l'actuel article 268 de la Constitution portugaise – ancien article 269 –, « les citoyens ont le droit d'être informés par l'administration chaque fois qu'ils le demandent, de l'état d'avancement des affaires qui les concernent directement, ainsi que de connaître les décisions définitives dont elles ont fait l'objet ».

²⁴³⁹ *Relatório do Provedor de Justiça – 1977*, op. cit., pp. 71 et ss.

²⁴⁴⁰ M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, op. cit., p. 39.

²⁴⁴¹ Cette pratique est d'ailleurs devenue courante puisque, de façon plus récente, le *Provedor de Justiça* est intervenu, en 2005, à la demande du gouvernement afin de régler les divergences d'interprétation opposant les représentants syndicaux à l'administration au sujet d'un ensemble de règles, prévues par le décret-loi n° 33-2001 du 8 février 2001, relatives aux crédits affectés au personnel du corps de la garde pénitentiaire (*Ibid.*, p. 40).

des pouvoirs publics aux exigences des droits fondamentaux entrepris par l'institution portugaise. La participation du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* au processus d'ancrage des droits fondamentaux lors du retour de la démocratie sur la péninsule ibérique se mesure, par ailleurs, à l'aune de la condamnation des pratiques liberticides héritées des régimes franquiste et salazariste.

B. La condamnation des pratiques liberticides héritées des régimes franquiste et salazariste

983. Moins aliénants que le totalitarisme, les régimes autoritaires salazariste et franquiste ont tout de même fait preuve d'une profonde indifférence à l'adresse des droits de l'homme. Reposant sur une philosophie de la déception²⁴⁴², ces deux régimes politiques ont effectivement réduit à néant l'ensemble des libertés susceptibles de remettre en cause le pouvoir en place. A cet effet, l'exercice des libertés civiles, à l'instar des libertés d'association, de réunion et d'expression de la pensée²⁴⁴³, se trouvait systématiquement soumis à autorisation préalable du gouvernement. De même, les libertés politiques, bien que théoriquement reconnues, se révélaient largement annihilées en pratique²⁴⁴⁴. Mais ceci

²⁴⁴² Sur ce point, v. G. Burdeau, *Traité de science politique, Tome V, Les Régimes politiques, op. cit.*, p. 401. Dans un sens relativement proche le professeur Bernard Chantebout évoque l'idée de pessimisme quant à la nature humaine (*Droit constitutionnel*, Armand Colin, Dalloz, Paris, 26^{ème} éd., 2009, p. 277).

²⁴⁴³ L'exemple de la presse se veut particulièrement éclairant. En cette matière, la censure était le principal moyen utilisé par Salazar et Franco pour réduire leur pays au silence. Au Portugal, un premier décret, en date du 30 avril 1933 soumettait toute publication à la censure du ministère de l'intérieur, tandis qu'un second décret, daté du 23 mai 1936, subordonnait la création d'un journal et l'exercice de la profession de journaliste à l'autorisation préalable de l'administration (rapporté par J. Georgel, *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative, op. cit.*, p. 464). Mário Soares, relate ainsi, non sans ironie, que « la presse portugaise, pendant les quatre décennies [du règne de Salazar], fut probablement la plus monotone du monde, louant quotidiennement, uniformément, les mérites sans faille de l'homme providentiel » (M. Soares, *Le Portugal bâillonné. Un témoignage, op. cit.*, p. 28). Les choses étaient relativement similaires en Espagne. Sous couvert de l'article 12 du *Fuero de los Españoles*, législation *a priori* libérale, encore que sujette à interprétation, disposant que « tout Espagnol pourra librement exprimer ses idées tant qu'elles n'attenteront pas aux principes fondamentaux de l'Etat » (Cité par G. Burdeau, *Traité de science politique, tome V, Les Régimes politiques, op. cit.*, p. 493), la censure de l'ensemble des moyens d'expression – presse, théâtre, cinéma et radio – était de rigueur. Toutefois, à la différence du voisin portugais, l'organisation de la censure dans le domaine de la Presse évolua dans le temps. D'un régime de censure préalable, prévu par la Loi sur la Presse de 1938, le franquisme s'orienta en 1966 vers une censure dite volontaire avec l'adoption de la loi *Fraga*. C'est-à-dire un système de « dépôt préalable des imprimés destinés à publication » (J. Georgel, *Le Franquisme, histoire et bilan (1939-1969), op. cit.*, p. 221). Pour autant, « largement vidée de son sens libéral sous la pression des partisans de la méthode forte » (G. Hermet, *L'Espagne de Franco, op. cit.*, p. 130), cette législation ne permit pas un véritable assouplissement de la censure. Les restrictions à la liberté d'expression étant si nombreuses et les sanctions infligées, dans l'hypothèse d'un non respect de ces restrictions, si lourdes (les journalistes peuvent être suspendus pour une durée d'un jour à six mois et se voir infliger des peines d'amendes de 1000 à 250000 pesetas), que celle-ci n'était volontaire qu'en apparence.

²⁴⁴⁴ L'exemple du droit de suffrage, tant actif (droit de vote) que passif (droit d'être élu), est à ce titre topique. Si un semblant de droit de vote existait au sein des deux régimes autoritaires, l'interdiction de l'opposition et le recours régulier à la fraude eurent tôt fait d'en anéantir la portée pratique. En Espagne, le mécanisme de fraude le plus choquant résidait sans aucun doute dans le phénomène des électeurs « mobiles » (Expression empruntée à J. Georgel, *Le Franquisme, histoire et bilan (1939-1969), op. cit.*, p. 307). Atteignant 10 % du corps électoral espagnol, ces électeurs se déplaçaient de ville pour voter à plusieurs reprises en faveur du régime. Aussi est-il possible d'affirmer, avec Guy Hermet, que l'enjeu des élections organisées sous les régimes salazariste et franquiste « ne consist[ait] pas, comme dans les démocraties, à permettre la confrontation d'options politiques concurrentes et différenciées, par le truchement du libre choix par les électeurs des hommes qui prétendent les

demeure peu de choses en comparaison de la politique répressive entreprise par Salazar et Franco et les répercussions en résultant sur les droits de la personne humaine. Principaux relais de cette politique liberticide, les services de sécurité de l'Etat mis en place sous les deux dictatures s'illustraient, ainsi, en raison d'un usage permanent de la violence. Au Portugal, la police politique, organe de surveillance et de contrôle de la société portugaise composée de 12 000 agents, recourait régulièrement à la torture pour « mettre au pas » l'opposition²⁴⁴⁵. En outre, l'emprisonnement et la déportation des opposants au régime²⁴⁴⁶, dans des camps de concentration notamment²⁴⁴⁷, était également d'usage. De même, en Espagne, le régime de Franco, en dépit de l'exécution et de l'emprisonnement de la majorité des opposants républicains au lendemain de la guerre civile²⁴⁴⁸, se montrait particulièrement répressif²⁴⁴⁹. A ce titre, la brigade politico-sociale, police spéciale composée de 75 000 hommes formés par des spécialistes de la Gestapo, assurait un contrôle permanent de la population et n'hésitait pas à user de la torture pour obtenir des informations.

984. Élément distinctif des régimes autoritaires salazariste et franquiste, ce recours permanent à la répression se révèle inévitablement ancré dans le mode de fonctionnement des services de sécurité espagnols et portugais à la sortie de la dictature. Aussi le retour de la démocratie, à la fin des années 1970, se traduit-il par la persistance de conduites policières arbitraires résolument attentatoires aux libertés individuelles, à l'image d'hypothèses de

incarner et les mettre en œuvre. Il [était], seulement, d'ajouter une caution populaire largement factice à des décisions déjà prises, ou à des "représentants" préalablement triés [...] » (G. Hermet, *op. cit.*, p. 209).

²⁴⁴⁵ Le recours à la torture étant d'autant plus effrayant que les gardes à vues pouvaient durer 90 jours et étaient susceptibles d'être prolongées à deux reprises de 45 jours. La torture prenaient les formes les plus variées. Il est possible de citer, à titre d'exemple, le supplice de la « statue », qui consistait à maintenir des suspects debout durant des jours, le supplice du « sommeil », destiné à empêcher le prisonnier de dormir pendant plusieurs jours ou, encore, le recours à des menottes électriques et à des projecteurs éblouissants (pour une approche approfondie de ces questions, v. entre autres : J. Geogel, *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative, op. cit.*, p. 528 ; M. Soares, *Le Portugal bâillonné. Un témoignage, op. cit.*, pp. 35 et 38).

²⁴⁴⁶ Mário Soares peut en témoigner, lui qui fut condamné en 1968 à être banni dans la colonie portugaise de São Tomé dans le Golfe de Guinée (*Le Portugal bâillonné. Un témoignage, op. cit.*, pp. 211-216).

²⁴⁴⁷ Installés dans les colonies africaines, les camps de concentration, tels que celui de Tarrafal dans l'archipel du Cap-Vert, regorgaient de militants ouvriers anarchistes et communistes, d'intellectuels.

²⁴⁴⁸ Durant ce que les historiens ont désormais coutume d'appeler « les années noires » se déroulait chaque jour toute une série de « procès », qui n'en avaient que le nom, à l'encontre des prisonniers républicains. L'objectif poursuivi par le Caudillo était clair : se débarrasser des opposants au régime. Le nombre d'exécutions qui résultaient de ces procès était accablant. Dans la seule ville de Madrid, de 200 à 250 par jour, à Barcelone, 150 (J. Geogel, *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative, op. cit.*, p. 522). Pire, des « assassinats sommaires [étaient] perpétrés par tous ceux qui s'arroge[aient] le droit de venir puiser leur contingent de victimes dans les prisons » (G. Hermet, *op. cit.*, p. 89). Si bien qu'au total, l'historien Gabriel Jackson estime le nombre de décès et d'exécutions de prisonniers républicains entre 1939 et 1943 à 200 000 (rapporté par F. Peyrègne *L'Espagne du XXe siècle : le franquisme, op. cit.*, p. 28). Lorsqu'ils n'étaient pas fusillés, les prisonniers républicains étaient emprisonnés. Là encore, les chiffres officiels sont édifiants puisque 250 719 incarcérations eurent lieu à la suite de la guerre civile (en ce sens, v. J. Geogel, *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative, op. cit.*, p. 467). Il s'ensuit qu'en 1943 Franco ne comptait pratiquement plus d'adversaires au sein de l'Espagne.

²⁴⁴⁹ Le professeur François Peyrègne souligne en ce sens : « Si le caractère totalitaire et autocratique du régime a pu être en partie désamorcé au cours des années, la volonté répressive de son chef n'a jamais faibli. Les rafles, les emprisonnements, les condamnations de civils par les tribunaux militaires, la pratique de la torture, la répression par les armes des mouvements de protestation sociale n'ont jamais cessé » (*L'Espagne du XXe siècle : le franquisme, op. cit.*, p. 28).

violences ou de mauvais traitements²⁴⁵⁰. Intolérables dans un Etat de droit, de tels comportements prennent une envergure particulière en Espagne où l'absence d'éviction des fonctionnaires compromis avec le régime défait ne permet pas de garantir l'attachement des agents de police aux valeurs véhiculées par le nouveau système. La singularité de la situation espagnole s'avère d'autant plus délicate que l'institutionnalisation du franquisme s'est, en revanche, illustrée par un vaste mouvement d'épuration²⁴⁵¹. De sorte que les fonctionnaires demeurant en place lors du retour de la démocratie sont ceux là même qui ont été choisis par le régime franquiste. En cela, il n'est guère surprenant que le rapport d'Amnesty international pour l'année 1977 relève que « *l'aspect le plus inquiétant [...] de la situation des droits de l'homme en Espagne au cours de l'année passée a été l'échec du gouvernement à contrôler les forces de police aussi bien dans leurs agissements envers les foules et les manifestations qu'envers les individus qui sont arrêtés, maltraités puis relâchés sans inculpation. Les forces de police agissent, en pareil cas, avec une impunité quasi-totale* ». Dans un sens similaire, les premiers rapports d'activité du Défenseur du Peuple font état de la permanence d'abus d'autorité de la part des fonctionnaires de police, à l'instar de placements en détention illégaux²⁴⁵² ou sans motifs suffisants²⁴⁵³, et, de façon plus inquiétante, de nombreux cas de violences exercés au sein de diverses dépendances policières²⁴⁵⁴. On songera, par exemple, au cas d'un citoyen interpellé en pleine rue par des membres du GAL. Contraint, sous la menace de revolvers, de monter dans la voiture de ses agresseurs, ce dernier fut finalement interrogé et violenté au motif de sa prétendue appartenance à l'organisation terroriste ETA²⁴⁵⁵. Violences d'autant plus inquiétantes que, dans quasiment aucune hypothèse, les services de police impliqués ne reconnaissent l'existence d'un comportement excessif de la part de leurs agents, préférant alléguer une réponse en réaction à des résistances opposées aux forces de sécurité ou des cas d'automutilations²⁴⁵⁶.

985. Moins touché par ce phénomène que son voisin espagnol, compte tenu du vaste mouvement d'épuration mis en œuvre à la suite de la destitution du régime de Marcelo Caetano, le Portugal connaît tout de même une persistance de pratiques policières liberticides lors du retour de la démocratie. Saisi en 1976 de 16 plaintes impliquant les services de police²⁴⁵⁷, le *Provedor de Justiça* se trouve ainsi confronté, lors de ses premières années

²⁴⁵⁰ Amnesty international, *Rapport 1977*, Publications Amnesty International, Paris, 1977, p. 184.

²⁴⁵¹ Loi du 10 février 1939, citée par A. Nieto, « De la República a la Democracia : la Administración española del franquismo », *Civitas. R.E.D.A.*, octobre – décembre 1976, n° 11, p. 570.

²⁴⁵² Sont révélatrices d'une telle pratique les hypothèses de placements en détention de personnes en raison de leurs antécédents politiques, pourtant amnistiés en application de la loi du 15 octobre 1977 (loi n° 46-1977 d'amnistie, *B.O.E.* du 17 octobre 1977, p. 22765). Le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1984 relate deux exemples en ce sens : celui d'un membre d'un parti politique représenté au Parlement, placé en détention dans les dépendances des services de police de l'aéroport de Madrid-Barajas, celui d'une professeure placée en garde à vue car fichée, antérieurement à l'intervention de la loi d'amnistie, en tant que terroriste (Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 45).

²⁴⁵³ Pour des exemples en ce sens, le lecteur pourra utilement se référer à Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1989, pp. 39 et ss.

²⁴⁵⁴ Sur ce point, v. entre autres : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., pp. 57 et ss. ; *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 34 et ss.

²⁴⁵⁵ Plainte n° 9.289/84, in Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 43.

²⁴⁵⁶ En ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1988, p. 81.

²⁴⁵⁷ *Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, op. cit., p. 14.

d'activité, à diverses hypothèses d'abus d'autorité de la part des services de police, à l'image de mauvais traitements assenés dans le cadre d'interrogatoires²⁴⁵⁸ ou d'injures prononcées par des fonctionnaires de la Police de sécurité publique à l'égard de citoyens²⁴⁵⁹.

986. A cela s'ajoute des situations, tout aussi préoccupantes, de mauvais traitements en milieu carcéral, mises en évidence par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* à l'occasion de visites d'inspections. On songera, par exemple, à la pratique de la colonie pénale de Pinheiro da Cruz consistant à placer les détenus en attente de transfert vers un autre établissement pénitentiaire dans une zone normalement réservée aux hypothèses de sanctions disciplinaires²⁴⁶⁰. Mais également aux violences exercées par des gardiens de la chaîne pénitentiaire de Lisbonne sur un détenu coupable d'une tentative d'évasion. Interrogé en vue d'obtenir des informations au sujet de l'identité des autres détenus impliqués dans cette tentative d'évasion et des moyens utilisés pour mettre en œuvre celle-ci, ce dernier est finalement roué de coups, lui causant des lésions abdominales et sur le visage²⁴⁶¹.

987. Profondément attentatoires aux droits et libertés les plus élémentaires, en tête desquels la dignité de la personne humaine, de telles pratiques, héritées dans une importante mesure des régimes salazariste et franquiste, ont fait l'objet d'une vigilance accrue de la part du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. En témoigne l'initiative prise, en 1984, par l'institution espagnole, et généralement maintenue par la suite, d'intégrer au sein de son rapport annuel d'activité un chapitre indépendant spécialement dédié aux violences policières²⁴⁶² ou, encore, la décision de consacrer son premier rapport monographique à la situation carcérale en Espagne²⁴⁶³. Evidemment, cette surveillance étroite de l'activité des agents de sécurité de l'Etat ne saurait signifier que les deux institutions ibériques se sont exclusivement concentrées sur cette problématique lors de leurs premières années d'activité. Défenseurs de l'ensemble des droits fondamentaux contre l'activité de l'ensemble des services administratifs, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* connaissent, dès leur mise en place, de plaintes impliquant non seulement les différentes administrations publiques²⁴⁶⁴, mais également la plupart des droits fondamentaux. Les droits économiques et

²⁴⁵⁸ Un exemple en ce sens est donné par le premier rapport annuel du *Provedor de Justiça*. En l'espèce, il s'agissait d'un citoyen, placé en détention provisoire pour fraude et falsification de chèques, se plaignant auprès du *Provedor de Justiça* d'avoir été interrogé par la police judiciaire sous la contrainte, avec notamment des interrogatoires réalisés la nuit. Après enquête, l'institution portugaise confirma l'existence d'interrogatoires durant 21 heures (proc. 76/R-419-B-1, in *Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, op. cit., p. 21).

²⁴⁵⁹ Sur ce point, v. Proc. 76/R-315-B-1, (*Ibid.*, pp. 26-27).

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁶¹ En ce sens, v. *Relatório do Provedor de Justiça – 1978*, Secretaria de Estado da comunicação nacional, Direcção-geral da divulgação, p. 152.

²⁴⁶² A travers son rapport annuel d'activité pour 1984, le Défenseur Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes précise, en effet, que la gravité des hypothèses de mauvais traitements portées à sa connaissance justifie l'exercice d'une surveillance particulière de la part de l'institution qui, par conséquent, a pris l'initiative d'y consacrer une partie spéciale dans le présent rapport (*Defensor del Pueblo, Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 38).

²⁴⁶³ *Defensor del Pueblo, Situación penitenciaria en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1988.

²⁴⁶⁴ En ce sens, le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1983 souligne que les plaintes adressées à l'institution impliquent pratiquement tous les domaines d'action des différentes administrations publiques et concernent les problèmes les plus diverses dans les relations entre les citoyens et ces organismes (*Defensor del Pueblo, Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 116).

sociaux, notamment, occupent déjà une place centrale dans l'activité des deux institutions²⁴⁶⁵. Aussi l'attention portée aux agissements des corps de sécurité de l'Etat doit-elle être entendue sur un plan davantage qualitatif que quantitatif. A savoir que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, confrontés à des situations de violences et de mauvais traitements, parfois similaires à celles perpétrées sous les dictatures salazariste et franquiste, se sont attachés à condamner fermement de telles pratiques incompatibles avec les droits et libertés consacrés par le régime démocratique nouvellement mis en place.

988. Rendus publics dans les rapports annuels d'activité des deux institutions, les cas de mauvais traitements portés à la connaissance du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* ont également fait l'objet de rapports spéciaux adressés aux ministres de tutelle. C'est par exemple le cas du rapport communiqué en 1978 par l'ombudsman portugais au ministre de la justice au sujet des coups et blessures, précédemment identifiés, infligés par des gardiens de la chaîne pénitentiaire de Lisbonne à un détenu coupable d'une tentative d'évasion²⁴⁶⁶. Plus largement, les deux institutions n'ont pas hésité à s'adresser aux instances dotées des pouvoirs disciplinaires et de sanctions en vue d'obtenir la condamnation des responsables de comportements violents. Le Défenseur du Peuple, en particulier, s'est efforcé de porter à la connaissance du ministère public et des supérieurs hiérarchiques, après vérification de la pertinence des faits allégués²⁴⁶⁷, la plupart des réclamations dénonçant des hypothèses de mauvais traitements²⁴⁶⁸. Un exemple en ce sens est donné par le rapport d'activité de l'institution pour l'année 1985. En l'espèce, il s'agissait d'une famille violentée par la police au motif qu'elle campait illégalement sur une place publique. Les mauvais traitements confirmés par une enquête du Défenseur du Peuple, ce dernier adressa une lettre au ministre de l'intérieur lequel, constatant le caractère effectivement disproportionné de l'intervention des forces de l'ordre, prit la décision, d'une part, de suspendre le chef de la patrouille de ses fonctions et, d'autre part, de procéder à l'ouverture d'une information gouvernementale en vue d'engager d'éventuelles responsabilités disciplinaires²⁴⁶⁹. Par ailleurs, l'institution espagnole n'a pas hésité à faire usage de sa faculté d'action d'office en vue de remédier aux situations de mauvais traitements portées à sa connaissance. La saisine, en 1985, du délégué du gouvernement de la ville de Madrid à la suite d'un cas avéré de coups de poing et de matraque assésés par les forces de l'ordre à un citoyen qui participait à une manifestation organisée par l'association *Pro Derechos Humanos de España* en est une illustration éclatante²⁴⁷⁰. Enfin, et pour terminer sur cette question, les *ombudsmen* espagnol et portugais ont également usé de leur capacité à adresser des recommandations afin de rappeler aux agents de sécurité de l'Etat les limites de leurs prérogatives, en particulier s'agissant du

²⁴⁶⁵ Sur ce point, v. *infra*, n° 993.

²⁴⁶⁶ *Relatório do Provedor de Justiça – 1978, op. cit.*, pp. 151 et ss.

²⁴⁶⁷ Sur la procédure d'examen de recevabilité des plaintes dénonçant des hypothèses d'abus d'autorité de la part des forces de sécurité de l'Etat, v. par ex. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986, op. cit.*, p. 81.

²⁴⁶⁸ En ce sens, v. not. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983, op. cit.*, pp. 40-41 ; Á. Gil-Robles, « Le respect de la légalité par les autorités locales en Espagne. Le rôle du Défenseur du Peuple », *op. cit.*, p. 481.

²⁴⁶⁹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1985*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986, p. 61.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

caractère exceptionnel que doit revêtir le recours à la privation de liberté, lequel ne saurait s'exercer que dans les conditions établies par la Constitution²⁴⁷¹.

989. Soutenu par l'opinion publique²⁴⁷², cet effort de condamnation des comportements des agents de sécurité de l'Etat attentatoires aux droits de la personne humaine a incontestablement porté ses fruits. Le rapport du Défenseur du Peuple pour l'année 1986 relate, en ce sens, un nombre relativement faible de plaintes faisant état d'hypothèses de violences policières, traduisant une prise de conscience des forces de sécurité espagnole quant à la nécessité de respecter les droits fondamentaux²⁴⁷³. En matière pénitentiaire, également, le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1988 se félicite d'une diminution des plaintes alléguant des cas de mauvais traitement de la part du personnel surveillant²⁴⁷⁴.

990. Initialement appréhendés comme des instruments en mesure de garantir l'implantation des valeurs de l'Etat de droit à la sortie des dictatures franquiste et salazariste, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se sont, en définitive, distingués, à l'occasion de leurs premières années d'activités, en raison d'une contribution indiscutable à l'acclimatation des droits et libertés fondamentaux consacrés par le régime démocratique nouvellement mis en place. De nature à faciliter le passage d'une culture autoritaire à une culture de l'Etat de droit au service des droits fondamentaux, la protection offerte par l'*human rights ombudsman*, telle que le laisse constater l'expérience ibérique, se présente, ainsi, comme une pièce maîtresse des processus de transition démocratique. Les Etats d'Amérique latine et d'Europe de l'est ne s'y sont d'ailleurs pas trompés. Confrontés, quelques années après la péninsule ibérique, à un contexte post-dictatorial similaire à celui de l'Espagne et du Portugal de la fin des années 1970, ces derniers ont, à leur tour, réceptionné le modèle ibérique de l'ombudsman. De toute évidence, ce phénomène de diffusion de l'*human rights ombudsman* au sein des démocraties émergentes, auquel le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple ne sont pas étrangers²⁴⁷⁵, confirme la place centrale désormais occupée par la protection non juridictionnelle au sein des processus de transition démocratique et conduit, par là-même, à militer en faveur de la réception de cette forme de protection par l'ensemble des démocraties en devenir. D'autant que l'apport de l'institution ne saurait se limiter à une seule fonction d'acclimatation des droits fondamentaux. L'expérience espagnole et portugaise révèle, en effet, que, la transition démocratique achevée sur la péninsule ibérique, cette fonction originelle du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* s'est trouvée relayée par une participation des deux institutions à l'affermissement des droits fondamentaux, laquelle atteste, à son tour, de la réussite de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé de l'autre côté des Pyrénées.

²⁴⁷¹ Sur ce point, v. par ex. Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., p. 39.

²⁴⁷² En ce sens, le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1984 met en évidence que l'opinion publique s'est montrée particulièrement sensible à la dénonciation des situations d'existence présumée de mauvais traitements ou de comportements incorrects de la part des membres en charge de la sécurité des citoyens (*Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 38).

²⁴⁷³ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986*, op. cit., p. 81.

²⁴⁷⁴ Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., p. 27.

²⁴⁷⁵ Sur ce point, v. *infra*, n° 1095 et ss.

§ 2. La participation contemporaine à l'affermissement des droits fondamentaux

991. Le processus d'acclimatation des droits fondamentaux achevé sur la péninsule ibérique, l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* ne s'est pas pour autant essouffée. Au contraire, répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie, les *ombudsmen* ibériques orientent désormais leur action dans le sens d'une recherche d'effectivité toujours plus grande des droits de la personne humaine, en intervenant, notamment, là où les traditionnelles voies de recours s'avèrent insuffisantes. Jouissant du prestige dont ont hérité les deux institutions à la suite de leur contribution à l'ancrage des droits et libertés lors de leurs premières années d'activité et, par là-même, d'une autorité indiscutable, ces interventions se trouvent à l'origine d'avancées décisives pour les droits de la personne humaine, spécialement dans le domaine des droits-sociaux créances et des droits fondamentaux des publics dits fragiles, à l'image des étrangers, des enfants, ou, encore, des handicapés. Dans la mesure où ces catégories de droits ne trouvent pas toujours à bénéficier de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie, la contribution actuelle des *ombudsmen* ibériques au renforcement des droits fondamentaux s'exprime, en effet, avec une acuité particulière à l'égard des droits de nature prestataire et des personnes dont les droits et libertés sont davantage exposés à d'éventuelles violations que ceux des autres catégories de la population (A). Cela ne saurait, pour autant, signifier que les deux institutions se désintéressent des autres catégories de droits fondamentaux. Une étude attentive de l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* offrant l'occasion de constater qu'il n'y a pas un droit ou une liberté garantis par les Constitutions espagnole et portugaise qui n'ait jamais fait l'objet d'une intervention de leur part²⁴⁷⁶. Aussi le mouvement contemporain d'affermissement des droits fondamentaux intéresse-t-il également les autres catégories de droits et libertés (B).

A. Une action principalement orientée vers les droits-créances et les publics dits fragiles

992. S'expliquant en raison des difficultés rencontrées par les mécanismes classiques de protection pour garantir l'effectivité de certaines catégories de droits, les droits-sociaux créances et les droits et libertés des publics dits fragiles se présentent, sans nul doute, comme les domaines d'intervention de prédilection du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Une lecture approfondie des rapports d'activité des deux institutions permet, en effet, de constater que la majorité des interventions réalisées par les deux institutions, dans le cadre de leur faculté d'action d'office ou, plus fréquemment, à la suite des réclamations qui leurs sont adressées, sont orientées vers la protection des droits de nature prestataire et des personnes dont la situation physique, économique ou sociale fragilise l'effectivité de leurs droits et libertés. Evidemment, le départ entre ces deux domaines d'intervention s'avère parfois délicat à effectuer tant ils impliquent des problématiques amenées à se recouper, bon nombre d'interventions dans le domaine des droits-créances intéressant également les publics

²⁴⁷⁶ En Espagne, cette universalité de la protection offerte le Défenseur du Peuple se trouve soulignée dès le premier rapport d'activité de l'institution (Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983, op. cit.*, p. 116. Dans un sens similaire, v. A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo, op. cit.*, pp. 192-193).

dits fragiles. Pour autant, il apparaît envisageable d'opérer une dichotomie entre, d'un côté, la participation des *ombudsmen* espagnol et portugais à la concrétisation des droits-sociaux créances (1) et, de l'autre côté, l'attention portée aux publics dits fragiles (2), exception faite des personnes en situation de précarité économique qui peuvent être regroupées avec la problématique des droits-sociaux créances²⁴⁷⁷.

1. L'attention particulière portée aux droits-sociaux créances

993. C'est un lieu commun, l'action des *ombudsmen* ibériques se trouve essentiellement orientée vers les droits-sociaux créances. Le constat n'est pas nouveau. Il a été dressé à de nombreuses reprises²⁴⁷⁸, et ce dès les premières années d'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*²⁴⁷⁹. Rien de très surprenant toutefois si l'on prend en considération la conjoncture économique et sociale de l'Espagne et du Portugal de la fin des années 1970. Touchée par l'inflation et le chômage²⁴⁸⁰, la péninsule ibérique accuse, à la sortie des dictatures franquiste et salazariste, un important retard dans le domaine de l'économie et du social par rapport aux autres pays occidentaux. La situation s'avère d'autant plus critique au Portugal que Salazar, animé par un profond rejet de la modernité, s'est acharné « à maintenir

²⁴⁷⁷ L'activisme dont font preuve le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* en faveur de la promotion des droits-sociaux créances doit, en effet, être rapproché de leur volonté de remédier au phénomène d'exclusion et de précarité sociale, la réduction de ce phénomène étant intimement liée à la mise en place de structures sociales adaptées.

²⁴⁷⁸ En ce sens, v. par ex. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, pp. 38 et 145 ; M. García Álvarez et R. García López, « El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : una garantía de desarrollo del Estado social », *op. cit.*, p. 137 ; « El Modelo de Estado Social ante la Reforma de los Estatutos de Autonomía : Reconocimiento y Garantía Institucional de los Derechos Sociales », *Revista Jurídica de Castilla y León*, numéro monographique, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, 2006, p. 401 ; M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, p. 66.

²⁴⁷⁹ Le rapport annuel du Défenseur du Peuple pour 1984 rapporte en ce sens que sur les 55.000 plaintes reçues et traitées par l'institution à l'occasion de ses deux premières années d'activité, seulement un quart concernent une infraction, présumée ou réelle, aux droits et libertés civils et politiques, les trois quarts restant, se rapportant au défaut de concrétisation ou à la violation des droits économiques, sociaux et culturels reconnus par les articles 39 à 52 de la Constitution (*Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 14). Confirmée les années suivantes (sur ce point, v. par ex. : *Informe a las Cortes Generales 1985*, *op. cit.*, pp. 9 et 22 ; *Informe a las Cortes Generales 1986*, *op. cit.*, p. 10 ; *Informe a las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1988, p. 25), cette proportion élevée de réclamations intéressant les droits économiques et sociaux, dès la mise en place de l'ombudsman sur la péninsule ibérique, s'observe également au Portugal. A ce titre, le Rapport annuel du *Provedor de Justiça* pour l'année 1976 précise que les réclamations relatives au travail, à la sécurité sociale et au logement constituent quasiment les deux tiers des plaintes reçues par l'institution (*Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, *op. cit.*, p. 17). De même, les premières études doctrinales consacrées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* soulignent la place centrale occupée par les droits économiques et sociaux dans l'activité des deux institutions (en ce sens, v. not. : C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 72 ; L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 725 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 62 ; M. Ruiz Cézár, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2489 ; J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 328).

²⁴⁸⁰ En Espagne, par exemple, une inflation record de 27 % est enregistrée entre 1976 et 1977, tandis que le taux de chômage atteint 14,4% de la population active en 1981 (rapporté par B. Bessière, *La culture espagnole: les mutations de l'après-franquisme (1975-1992)*, L'Harmattan, Paris, 1992, pp. 102-103).

son pays dans le monde d'avant 1914 »²⁴⁸¹, dans une situation d'extrême pauvreté²⁴⁸², de sorte que c'est « un pays attardé, ruiné, vidé de sa jeunesse »²⁴⁸³ que l'on découvre à la fin de la dictature portugaise²⁴⁸⁴. Pour tout dire, le pays le plus pauvre d'Europe²⁴⁸⁵. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que le Défenseur du Peuple et, surtout, le *Provedor de Justiça* connaissent, dès leur mise en place, d'un nombre particulièrement élevé de réclamations intéressant les droits-sociaux créances.

994. Mais si le phénomène n'est pas nouveau, celui-ci gagne toutefois en intensité à mesure que l'Espagne et le Portugal renouent avec les valeurs de l'Etat de droit. La transition démocratique achevée, les réclamations adressées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* dans le domaine des droits-libertés classiques cèdent effectivement du terrain supplémentaire au profit de celles intéressant les droits-sociaux créances.

995. Deux facteurs permettent d'expliquer un tel phénomène.

996. En premier lieu, le système de protection très complet dont bénéficient les libertés civiles et politiques, associé au caractère principalement défensif de cette catégorie de droits et à la familiarisation des citoyens avec les mécanismes juridictionnels de garantie spécialement aménagés pour en assurer l'effectivité, à l'image du recours d'*habeas corpus* et du recours d'*amparo*. Jouissant d'un haut degré d'effectivité, les droits-libertés retiennent naturellement moins l'attention des *ombudsmen* ibériques. Leurs bénéficiaires, en cas de violation par les pouvoirs publics, étant susceptibles d'obtenir leur restauration devant un juge spécialement aménagé à cet effet²⁴⁸⁶.

997. En second lieu, et à l'inverse, le fait que les droits-sociaux créances, en raison de leur nature juridique atypique et leur plus faible degré de protection, courent régulièrement le

²⁴⁸¹ J. Georgel, *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative*, op. cit., p. 217.

²⁴⁸² C. Ridet, *Le Portugal*, KARTHALA Editions, 1998, p. 75.

²⁴⁸³ M. Soares, *Le Portugal bâillonné. Un témoignage*, op. cit., p. 5.

²⁴⁸⁴ C'est d'ailleurs là une différence notable en comparaison avec l'Espagne où l'ouverture du régime de Franco au système capitaliste occidental, à la fin des années 1950, s'est accompagnée d'une volonté d'intervention de l'Etat à l'échelle sociale. La promulgation, le 17 mai 1958, de la loi sur les Principes du Mouvement National en est une illustration éclatante. Cette dernière prévoit notamment que « tous les espagnols ont droit : à une justice indépendante, qui sera gratuite pour quiconque manque de moyens économiques, à une éducation générale et professionnelle, qui ne peut cesser d'être reçue faute de moyens matériels, aux bénéfices de l'assistance et de la sécurité sociale, à une distribution équitable de la rente nationale et des charges fiscales. L'idéal chrétien de la justice sociale, reflété dans la Charte du Travail, inspirera la politique et les lois » (cité par J. Ferrando Badia, *Del autoritarismo a la democracia*, op. cit., p. 18). En témoigne, également, la mise en place, en 1963, d'un système de sécurité sociale relativement performant, basé sur le rôle central de l'Etat, la gestion unifiée et la redistribution de prestations fondées sur la solidarité, ainsi que l'extension, par la loi générale de sécurité sociale du 30 mai 1974, du bénéfice de la protection sociale à tous les espagnols (sur ces questions, v. not. : Sénat, « La protection sociale », Service des affaires européennes, 1995, [en ligne]. Disponible sur [www.senat.fr] ; J. Varela Suanzes-Carpegna, « Los derechos fundamentales en la España del siglo XX », in *Teoría y realidad constitucional*, 2007, n° 20, p. 488).

²⁴⁸⁵ Pour une approche approfondie de la situation économique et sociale du Portugal à la sortie du régime salazariste, v. spéc. J. Georgel, *Le salazarisme, histoire et bilan (1926-1974)*, op. cit., pp. 231-238.

²⁴⁸⁶ En ce sens, v. not. : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986*, op. cit., p. 10 ; M. Ruiz César, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », op. cit., p. 2489.

risque, et ce encore à l'heure actuelle, de demeurer au rang de simples déclarations d'intentions. En effet, outre qu'ils ne trouvent pas à bénéficier des voies de recours juridictionnels spécialement aménagées pour la protection des droits fondamentaux, ces droits de nature prestataire, on le sait, voient leur effectivité soumise à une intervention positive des pouvoirs publics, ce que le juge ne peut que difficilement garantir. Or, la protection offerte par l'*human rights ombudsman*, contrairement à celle du juge, se révèle particulièrement adaptée aux exigences de cette catégorie de droits. En mesure d'encourager la mise en œuvre des moyens nécessaires à la concrétisation des droits économiques et sociaux, l'ombudsman spécialisé se distingue, par ailleurs, en raison d'une accessibilité supérieure à celle du juge, notamment pour les personnes faiblement dotées en capital économique et culturel, c'est-à-dire celles là même pour qui l'effectivité des droits-sociaux créances revêt une importance capitale. C'est pourquoi la majorité des plaintes adressées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* intéressent essentiellement cette catégorie de droits. Et le phénomène, loin de s'essouffler, trouve, au contraire, un regain d'actualité en raison de la crise économique qui touche à l'heure actuelle le modèle capitaliste occidental, et plus spécialement la péninsule ibérique²⁴⁸⁷.

998. Confirmant la thèse selon laquelle l'ombudsman spécialisé participe à la définition d'une politique des droits, entendue, on le rappelle, comme une politique ayant pour objet la défense des droits des personnes en situation de précarité et d'exclusion, cette place centrale occupée par les droits-sociaux créances au sein de l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* ne résulte pas seulement des plaintes adressées par les citoyens. En ce sens que, si l'orientation de l'activité de l'ombudsman dépend dans une large mesure des réclamations qui lui sont adressées et, par conséquent, ne saurait être entièrement maîtrisée par le représentant de l'institution, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, conscients des enjeux attachés à la concrétisation des droits-sociaux créances²⁴⁸⁸ et de leur capacité à garantir cette concrétisation²⁴⁸⁹, n'hésitent pas à user de leur faculté d'action d'office en vue d'orienter leur activité vers la protection de cette catégorie de droits. Appelée

²⁴⁸⁷ A l'occasion d'un stage réalisé chez le Défenseur du Peuple, du 15 au 30 avril 2010, le responsable de la section de l'administration économique de l'institution espagnole faisait état d'une augmentation sensible du nombre de réclamations intéressant les droits économiques et sociaux en raison de la crise économique affectant l'économie espagnole.

²⁴⁸⁸ Est révélateur en ce sens le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 1984, aux termes duquel il est possible de lire : l'effectivité des droits économiques et sociaux, que sont « *l'emploi, la protection de la famille, la répartition plus équitable des revenus, une sécurité sociale garantissant l'assistance et des prestations suffisantes en cas de nécessité, spécialement en cas de chômage, le bien-être des travailleurs espagnols à l'étranger, la protection de la santé, l'accès à la culture, un environnement propice à l'épanouissement de la personne, la jouissance d'un logement décent et adéquat, un système de réadaptation et d'intégration des personnes souffrant d'un handicap physique, sensoriel ou psychique, un régime de retraite " adapté et actualisé, qui garantit un revenu suffisant aux personnes du troisième âge", la protection des consommateurs et des usagers [...], sont ce que réclament avec insistance nos concitoyens, parce que ces droits répondent à leurs besoins vitaux les plus basiques » (Informe a las Cortes Generales 1984, op. cit., p. 14).*

²⁴⁸⁹ Sur ce point, v. : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983, op. cit.*, p. 116 ; H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular, op. cit.*, p. 9.

de ses vœux par la doctrine espagnole²⁴⁹⁰, cette vigilance de l'ombudsman spécialisé vis à vis des droits-sociaux créances s'exprime notamment au regard des très nombreux rapports monographiques adoptés par le *Provedor* portugais et, surtout, le Défenseur espagnol en matière sociale. Lorsqu'ils n'intéressent pas exclusivement les publics dits fragiles, ces rapports sont, en effet, régulièrement consacrés aux droits de nature prestataire²⁴⁹¹, qu'il s'agisse du droit à la protection de la santé²⁴⁹², du droit à l'emploi²⁴⁹³, ou, encore, du droit à l'éducation²⁴⁹⁴. En outre, une mention spéciale doit être faite au rapport monographique relatif à la crise économique et aux débiteurs hypothécaires publié en 2012 par le Défenseur du Peuple²⁴⁹⁵. Se proposant de formuler une série de conclusions et de recommandations pour remédier aux répercussions négatives de la crise économique sur le logement, ce rapport illustre non seulement l'intérêt porté par l'institution espagnole aux questions sociales, mais également sa capacité à orienter son activité, en fonction de la conjoncture économique et des attentes des citoyens, vers les questions les plus préoccupantes sur le plan social.

999. Qualifié par la doctrine espagnole de « *thermomètre des problèmes sociaux rencontrés par les citoyens* »²⁴⁹⁶, le Défenseur du Peuple, à l'instar de son homologue portugais, participe ainsi activement à la concrétisation des droits-sociaux créances. Élément central de l'activité des *ombudsmen* ibériques, cette recherche d'effectivité des droits de nature prestataire, s'exerçant essentiellement par le prisme du pouvoir de recommandation de l'institution²⁴⁹⁷, s'exprime dans des domaines aussi divers et variés que la sécurité sociale et la santé (a), l'éducation et la culture (b), le logement (c) ou, encore, l'emploi et la sécurité matérielle (d).

²⁴⁹⁰ En ce sens, v. en part. : M. Aznar López, « El Defensor del Pueblo y la protección del derecho a la seguridad social », *Las Cortes Generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, pp. 657-658 ; L.F. Fernandez-Villaverde, *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, op. cit., p. 210.

²⁴⁹¹ Etant entendu que les questions relatives aux droits-sociaux créances et aux publics dits fragiles sont régulièrement amenées à se recouper au sein des rapports monographiques adoptés par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, ce qui est une manière d'illustrer le fait que les droits-sociaux créances revêtent une importance particulière pour cette catégorie de bénéficiaires des droits fondamentaux.

²⁴⁹² C'est par exemple le cas du rapport monographique adopté en 2000 relatif à la situation socio-sanitaire en Espagne (Defensor del Pueblo, *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000) et de celui publié en 2003 portant sur les listes d'attente au sein du système national de santé (Defensor de Pueblo, *Lista de espera en el Sistema Nacional de Salud*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003).

²⁴⁹³ On songera notamment au rapport du Défenseur espagnol de 2003 consacré à la problématique de la précarité en matière d'emploi public (*Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003) et, surtout, au dernier rapport du *Provedor de Justiça* consistant dans un programme d'appui à la création d'emplois (*Relatório da inspeção aos centros de emprego. Programas de apoio à criação de emprego*, 2011).

²⁴⁹⁴ En Espagne, une illustration en ce sens est donnée par le rapport publié en 2003 au sujet de la scolarisation des enfants d'origine étrangère (Defensor del Pueblo, *Escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003).

²⁴⁹⁵ Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.

²⁴⁹⁶ F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 35.

²⁴⁹⁷ A ce titre, il convient de souligner, avec Manuel García Álvarez et Rubén García López, que la majorité des propositions de réformes législatives ou réglementaires suggérées par le Défenseur du Peuple intéressent les droits de contenu social (« El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico : une garantía de desarrollo del Estado social », op. cit., p. 155).

a. Le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale

1000. C'est une constante se répétant années après années²⁴⁹⁸, le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale constitue, avec le droit à l'éducation, l'un des principaux domaines d'intervention du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Suscitant de très nombreuses réclamations des citoyens²⁴⁹⁹, et ce depuis les premières années de fonctionnement des deux institutions²⁵⁰⁰, cette matière se trouve, en effet, à l'origine d'une activité particulièrement riche de la part des deux *ombudsmen* ibériques. Evidemment, il ne saurait s'agir ici de rendre compte de façon exhaustive de cette activité, l'importante variété des plaintes adressées aux deux institutions impliquant de s'en tenir aux grandes lignes de leur activité en la matière. Sous couvert de cette précision, une distinction entre le droit à la protection de la santé et le droit à la sécurité sociale peut être opérée afin de clarifier le propos.

1001. S'agissant du droit à la protection de la santé, il convient avant tout de constater la participation des *ombudsmen* ibériques au perfectionnement des centres publics de santé. Forts de leur capacité à effectuer des visites d'inspections, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* s'évertuent, sur la base des plaintes qui leurs sont adressées, à visiter régulièrement les établissements de santé en vue de prévenir ou de remédier à d'éventuels dysfonctionnements.

1002. C'est ainsi qu'en 1996, le *Provedor de Justiça*, saisi d'une plainte, déposée par 14000 personnes, dénonçant les difficultés d'accès aux consultations et aux interventions chirurgicales rencontrées par les usagers des hôpitaux de la région nord du pays, visita six centres de santé et quatre hôpitaux. Concluant à l'existence de difficultés d'accès avérées, l'ombudsman portugais recommanda au ministre de la santé une série de mesures à adopter pour résoudre le problème, parmi lesquelles la réalisation d'audits techniques au sein des services hospitaliers et des centres de santé, de manière à évaluer leur réelle capacité de réponse aux demandes de prestations de soins et à permettre une meilleure rentabilisation des ressources existante, l'informatisation des procédures de gestion et de planification des rendez-vous médicaux ou, encore, la mise en place d'un système d'articulation global entre les différents types de soins en vue de définir, dans chaque région, sous-région et unité de soin, les prestations de santé que doit prendre en charge chaque établissement. Acceptées dans

²⁴⁹⁸ En ce sens, v. M. Ruiz Cézár, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2489.

²⁴⁹⁹ En Espagne, le Défenseur du Peuple a enregistré, entre 1995 et 2006, 20154 plaintes impliquant le droit à la protection de la santé ou à la sécurité sociale, soit la troisième matière dans laquelle l'institution est la plus régulièrement sollicitée, derrière les droits et libertés des fonctionnaires et des travailleurs de la fonction publique et le droit fondamental à l'éducation (chiffre extrait de F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramós Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 47). De même, au Portugal, 19 % des plaintes enregistrées par le *Provedor de Justiça* entre 1992 et 2004 intéressent le droit à la protection de la santé ou à la sécurité sociale (donnée avancée par M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, *op. cit.*, p. 94).

²⁵⁰⁰ En ce sens, v. par ex. : C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica, op. cit.*, p. 71 ; M. Ruiz Cézár, *op. cit.*, pp. 2482 et ss.

une importante mesure par le ministre de la santé, ces différentes recommandations firent, de surcroît, l'objet d'un suivi régulier du *Provedor de Justiça*, soucieux de s'assurer de leur correcte application²⁵⁰¹.

1003. En Espagne, également, le Défenseur du Peuple, constatant, à la suite d'une enquête effectuée en 1988, le mauvais fonctionnement des services d'urgences du système hospitalier de santé publique, proposa, d'une part, de repenser l'organisation desdits services et, d'autre part, de leur octroyer davantage de moyens humains et matériels²⁵⁰². Accueillie favorablement par le ministre de la santé, cette recommandation se traduisit par l'élaboration d'un rapport à partir duquel furent mises en œuvre une grande partie des propositions avancées par le Défenseur²⁵⁰³. Plus récemment, l'institution espagnole, confrontée à la problématique persistante de la multiplication des listes d'attentes et des retards dans le milieu médical²⁵⁰⁴, a adopté un rapport monographique portant un regard particulièrement critique sur la situation²⁵⁰⁵. Soucieux de remédier à un tel dysfonctionnement, le Défenseur du Peuple y formule une série de recommandations relatives à la gestion des listes d'attente, la définition de critères de priorités cliniques et la fixation de délais maximums d'attente²⁵⁰⁶. Trouvant un écho favorable auprès des administrations sanitaires, ces recommandations se sont traduites par l'adoption de mesures de nature à garantir leur concrétisation²⁵⁰⁷.

1004. Outre cette recherche de perfectionnement du système de santé, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, soucieux de garantir l'accès de tous aux prestations de soins, se veulent également attentifs au droit fondamental à la protection de la santé des personnes en situations d'exclusion ou de précarité.

1005. En ce sens, l'ombudsman portugais, observant, en 2001, l'adoption d'un arrêté ne garantissant pas l'accès des étrangers en situation régulière au système national de santé²⁵⁰⁸, rappela au ministre de la santé le droit de l'ensemble des étrangers, indistinctement de leur pays d'origine ou de l'existence d'un accord de réciprocité avec ce pays, de bénéficier des prestations médicales fournies par le service national de santé²⁵⁰⁹.

²⁵⁰¹ Sur cette question, v. spéc. : J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 209-211 ; Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., pp. 322-323.

²⁵⁰² Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 209-211.

²⁵⁰³ F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 67.

²⁵⁰⁴ La problématique n'est pas nouvelle puisque, déjà en 1983, de nombreuses plaintes adressées au Défenseur du Peuple faisaient état d'importants délais d'attente pour accéder à certaines prestations de soin. En atteste, par exemple, le cas d'une personne âgée atteinte de cataracte s'étant vue opposer un délai de trois ans pour subir une intervention chirurgicale (Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 69.).

²⁵⁰⁵ Defensor del Pueblo, *Listas de espera en el sistema nacional de salud*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 221 et ss.

²⁵⁰⁷ F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, op. cit., p. 67.

²⁵⁰⁸ Prévu par l'article 64-2.a) de la Constitution portugaise, le service national de santé permet aux personnes disposant de faibles ressources économiques d'accéder gratuitement aux prestations de soins.

²⁵⁰⁹ Provedor de justiça, *Relatório à Assembleia da República 2000*, op. cit., pp. 350 et 391-393.

1006. En Espagne, également, se révèle significative de cette volonté de garantir l'accès de tous aux prestations de santé l'intervention, en 1993, du Défenseur du Peuple en faveur d'un enfant de 2 ans exclu d'un programme de transplantation du foie, au motif que ses parents ne disposaient pas de ressources suffisantes et d'un logement adapté pour l'accueillir après l'intervention chirurgicale. Précisant que l'exclusion d'un programme de transplantation ne saurait en aucune mesure se fonder sur des considérations d'ordre socio-économique, mais exclusivement sur l'existence de contre-indications médicales, le Défenseur espagnol a non seulement permis la réinscription de l'enfant au sein du programme de transplantation, mais également précisé au service sanitaire son devoir d'effectuer les démarches nécessaires auprès des services sociaux et des organismes compétents en matière de logement en vue de garantir des conditions d'accueil post-opératoires adaptées aux intérêts de l'enfant²⁵¹⁰.

1007. Dans un tout autre registre, mérite d'être mentionnée l'action menée par le *Provedor de Justiça* en faveur de la réparation du préjudice causé aux personnes ayant contracté le VIH à la suite de transfusions de sang contaminé²⁵¹¹. Une illustration, parmi d'autres, est donnée par la recommandation du 27 décembre 1993, suggérant au gouvernement la mise en place d'un système de réparation rapide et efficace de nature à garantir l'indemnisation, non seulement des usagers hémophiles du service national de santé affectés par le VIH à l'occasion de transfusions sanguines effectuées, en 1986, dans des établissements publics de santé, mais également de l'ensemble des personnes contaminées par ces derniers, que ce soit dans le cadre de la fourniture de soins ou en raison d'autres facteurs inhérents aux relations familiales²⁵¹². Salutaire, cette recommandation n'a toutefois guère retenu l'attention du gouvernement qui s'est contenté de mettre en place un tribunal arbitral²⁵¹³.

1008. Par ailleurs, et pour terminer sur le droit à la protection de la santé, il convient de constater que, à l'instar du droit à l'éducation, les deux institutions ibériques connaissent également de ce droit fondamental dans son acception défensive. Pour ne citer qu'un seul exemple, le Défenseur du Peuple s'est inquiété, en 1986, de l'augmentation des examens radiologiques dans les établissements publics de santé et des risques pour la santé, spécialement celle des enfants, résultant de la sur-exposition à des rayonnements ionisants. Aussi a-t-il recommandé aux directions des centres et des services de médecine préventive de rationaliser, à des fins prophylactiques, l'usage des examens radiologiques²⁵¹⁴.

²⁵¹⁰ Exemple rapporté par M. Aznar López, « La perspectiva de los profesionales y usuarios del sistema », in *Jornadas Décimo Aniversario del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La coordinación en el ámbito sanitario. Perspectivas de futuro*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998, p. 155 ; « El Defensor del Pueblo como gestor de casos sanitarios y sociales », *Políticas sociales en Europa*, 2009, n° 25-26, pp. 27-28.

²⁵¹¹ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., pp. 334-336 et pp. 341-343 ; M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, op. cit., pp. 164-165.

²⁵¹² *Relatório da actividade do Provedor de Justiça – Ano de 1993*, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 1994, pp. 147 et ss.

²⁵¹³ Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., p. 335.

²⁵¹⁴ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986*, op. cit., pp. 242-243.

1009. Plus encore, peut être, que le droit à la protection de la santé, le domaine de la sécurité sociale suscite de nombreuses interventions de la part des *ombudsmen* ibériques. Avec 10729 plaintes enregistrées entre 1995 et 2006 par le Défenseur du Peuple en cette matière²⁵¹⁵, l'affirmation se veut particulièrement vraie en Espagne où, dès sa première année d'activité, l'institution n'a pas manqué de pointer du doigt la mauvaise impression laissée par le système espagnol de sécurité sociale²⁵¹⁶. En dépit de l'absence de motifs d'interventions sur un plan strictement légal, le Défenseur espagnol souligne, en effet, à travers son rapport d'activité pour l'année 1983, le fait que les fonctionnaires bénéficient d'un régime de sécurité sociale substantiellement moins avantageux que celui des salariés du privé. Intéressant 25 % des plaintes adressées par les fonctionnaires à l'institution en 1983, cette importante inégalité de traitement entre les fonctionnaires et les salariés du privé se trouve, de surcroît, accentuée par l'existence de régimes de sécurité sociale différents au sein même de la fonction publique, certains fonctionnaires bénéficiant du régime général de sécurité sociale, d'autres étant soumis au statut, largement moins avantageux, des *Clases Pasivas*, établi en 1926²⁵¹⁷. A cela s'ajoute de nombreuses réclamations dénonçant le déficit de couverture sociale de certains soins administrés aux personnes souffrant de maladies chroniques. On songera, par exemple, à l'absence de prise en charge des frais de dialyse à domicile ou, encore, de seringues d'insulines à usage unique utilisées par les diabétiques²⁵¹⁸.

1010. Ainsi confronté, dès ses premières années d'activité, à d'importantes carences affectant le système espagnol de sécurité sociale, le Défenseur du Peuple n'a eu de cesse de proposer des solutions susceptibles de contribuer à son perfectionnement. Plusieurs exemples en témoignent, à commencer par la dénonciation, en 1986, du faible niveau de certaines prestations de sécurité sociale, à l'image du barème d'indemnisation des personnes atteintes de lésions permanentes en raison d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, resté inchangé depuis 1974²⁵¹⁹. De nouveau saisie de réclamations en ce sens en 1988, l'institution espagnole a finalement obtenu la modification dudit barème et la suppression de diverses hypothèses de discriminations fondées sur le sexe contenues en son sein²⁵²⁰. L'année précédente, le Défenseur espagnol se félicitait de la promulgation du décret du 30 décembre 1987 supprimant la limite d'âge de 26 ans pour conserver la condition de bénéficiaire de l'assistance sanitaire de la sécurité sociale²⁵²¹. Plus récemment, la recommandation 49/1997, adressée au ministre des administrations publiques le 30 juin 1997, a permis l'extension de la prestation économique complémentaire au congés maternité en cas de naissances multiples, existante dans le cadre du régime général de sécurité sociale, au régime spécial de sécurité sociale des fonctionnaires civils de l'Etat²⁵²².

²⁵¹⁵ En ce sens, v. F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 47.

²⁵¹⁶ Sur ce point, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), *op. cit.*, p. 93.

²⁵¹⁷ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983, op. cit.*, pp. 30-31.

²⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 70.

²⁵¹⁹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1986, op. cit.*, p. 311.

²⁵²⁰ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1988, op. cit.*, pp. 17-18.

²⁵²¹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1987, op. cit.*, pp. 26, 63, 241, 251, 276 et 292.

²⁵²² En ce sens, v. J.L. López González, « Artículo 30 », *op. cit.*, p. 770.

1011. Parallèlement à ce processus de perfectionnement du système espagnol de sécurité sociale, le Défenseur du Peuple se trouve régulièrement saisi de réclamations rapportant des hypothèses d'erreurs et d'irrégularités de la part des organismes de gestion du système de sécurité sociale²⁵²³. C'est ainsi qu'en 1989, l'institution enregistrait un nombre significatif de plaintes dénonçant la retenue abusive par l'administration de sommes d'argent réclamées par des bénéficiaires de pensions souffrant d'invalidités permanentes. Devant cette avalanche de plaintes, le Défenseur du Peuple formula une recommandation à l'administration. L'année suivante, le gouvernement procéda à l'élaboration d'un projet de décret établissant une série de mesures de nature à résoudre le problème²⁵²⁴.

1012. A l'instar de son voisin espagnol, le *Provedor de Justiça* connaît également de nombreuses réclamations rapportant l'existence d'imperfections ou d'irrégularités affectant le fonctionnement du système portugais de sécurité sociale. C'est ainsi qu'au début des années 1990, l'institution précisa que la mise en place par le législateur d'une prestation de sécurité sociale, au nom d'une situation avérée de carence, ne saurait être remise en cause au motif d'un retard dans la publication du règlement d'application. En l'espèce, il s'agissait d'un décret-loi, en date du 18 octobre 1990, venant étendre aux couples non mariés les avantages du régime juridique des prestations de sécurité sociale en cas de décès d'un conjoint. Conditionné dans sa mise en œuvre par l'adoption d'un décret d'application, ce nouveau régime occasionna un certain nombre de plaintes auprès du *Provedor de Justiça* en raison d'un retard injustifié dans l'adoption dudit décret. Constatant le préjudice subi par les plaignants, l'institution recommanda au secrétaire d'Etat à la sécurité sociale, non seulement d'adopter les dispositions réglementaires nécessaires à l'entrée en vigueur effective du décret-loi du 18 octobre 1990, mais également de prévoir les mesures de nature à permettre son application aux situations juridiques créées depuis sa promulgation. Le secrétaire d'Etat ne tenant pas compte de cette seconde exigence de rétroactivité, le *Provedor de Justiça* lui adressa, en vain, une seconde recommandation, pour finalement porter la situation à la connaissance de l'Assemblée de la République²⁵²⁵.

1013. Plus récemment, le *Provedor de Justiça* s'est trouvé saisi de plusieurs plaintes au sujet de la pratique en vigueur au sein de certains établissements de santé conventionnés, consistant à exiger de la part des usagers du service national de santé recourant à leurs services le paiement de frais supplémentaires, non prévus par les accords conclus avec l'Etat. Justifiée en raison d'une participation financière insuffisante de l'Etat pour garantir le bon fonctionnement de ces établissements, cette exigence de paiement de frais de santé supplémentaires, à l'origine d'une grave inégalité de traitement entre les usagers du système national de santé, selon qu'ils aient la possibilité d'être pris en charge par un établissement du service national de santé ou qu'ils se trouvent dans l'obligation de recourir à un établissement conventionné, a conduit le *Provedor de Justiça* à exhorter le gouvernement de trouver une solution de nature à remédier à cette situation illégale et injuste. Mise en demeure salubre, puisque, fin 2007, le

²⁵²³ En ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., p. 160.

²⁵²⁴ Rapporté par J.L. López González, op. cit., p. 770.

²⁵²⁵ Pour une approche approfondie de cette question, v. J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 214-215.

gouvernement indiquait avoir réuni les informations nécessaires afin d'établir la version définitive d'un nouveau protocole entre le ministère de la santé et les établissements conventionnés²⁵²⁶.

b. Le droit à la culture et à l'éducation

1014. Ne retenant guère l'attention des citoyens portugais et espagnols²⁵²⁷, le droit à la culture se présente, à n'en pas douter, comme le parent pauvre des interventions du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*²⁵²⁸. Ceci est particulièrement vrai en Espagne où, à l'exception de quelques plaintes présentées par le milieu associatif, dénonçant le mauvais état de conservation des églises et des édifices historiques en raison de la passivité ou de l'inactivité des autorités administratives compétentes²⁵²⁹, le Défenseur du Peuple ne reçoit, pour ainsi dire, aucunes réclamations intéressant ce droit fondamental²⁵³⁰. De toute évidence, c'est là une différence de taille avec le droit à l'éducation qui constitue l'une des matières où les *ombudsmen* ibériques sont les plus régulièrement sollicités²⁵³¹. Comptant parmi les principaux domaines d'interventions du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, le droit à l'éducation occasionne, en effet, de nombreuses recommandations, à l'origine d'avancées significatives.

1015. A cet égard, le Défenseur espagnol et le *Provedor* Portugais se sont notamment attachés à garantir l'effectivité du « noyau dur » de ce droit fondamental, à savoir la possibilité, mais également l'obligation, pour toute personne de recevoir une instruction élémentaire²⁵³². Plusieurs exemples en témoignent, à commencer par les efforts entrepris par

²⁵²⁶ Sur cette question, v. : Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, proteção da saúde, sistema penitenciário, op. cit.*, pp. 324-326 ; *Relatório à Assembleia da República 2007*, vol. 2, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2008, pp. 819-820.

²⁵²⁷ Le responsable de la section de l'éducation et de la culture du Défenseur du Peuple évoque, en ce sens, un désintérêt national pour la question (propos recueillis à l'occasion d'un stage réalisé au sein de l'institution du Défenseur du Peuple du 15 au 30 avril 2010).

²⁵²⁸ En ce sens, v. par ex. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, op. cit.*, p. 155.

²⁵²⁹ *Ibid.*, p. 155.

²⁵³⁰ En 2010, par exemple, sur un total de 2058 plaintes enregistrées par la section de la culture et de l'éducation du Défenseur du Peuple, seulement 36 intéressent le droit à la culture, dont une partie touchant au domaine du sport (en ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Resumen del Informe a las Cortes Generales año 2010*, Proyectos Editoriales, S.A., Madrid, 2011, p. 23.).

²⁵³¹ Au Portugal, 20 % des plaintes enregistrées par le *Provedor de Justiça* entre 1992 et 2004 intéressent le droit à l'éducation (donnée proposée par M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004)*, op. cit., p. 94). De même, en Espagne, le Défenseur du Peuple a enregistré, entre 1995 et 2006, 31810 réclamations dans le domaine du droit à l'éducation, soit la deuxième matière dans laquelle l'institution est la plus régulièrement sollicitée, derrière celle des droits et libertés des fonctionnaires et des travailleurs de la fonction publique, qui comptabilise pour sa part 44255 plaintes (chiffres extraits de F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 47).

²⁵³² Ce noyau dur apparaît à l'article 27 de la Constitution espagnole, aux termes duquel, d'une part, « les pouvoirs publics garantissent le droit de tous à l'éducation », d'autre part, « l'enseignement primaire est obligatoire et gratuit », ainsi qu'à l'article 74 de la Constitution portugaise qui dispose que « chacun a droit à l'enseignement avec la garantie de l'égalité des chances pour l'accès à l'école et la réussite scolaire » et que, « dans la mise en oeuvre de la politique de l'enseignement, il incombe à l'État d'assurer l'enseignement élémentaire universel, obligatoire et gratuit ».

l'institution espagnole pour que le droit de tous à l'éducation ne demeure pas au rang de simple déclaration d'intention pour les enfants souffrant d'un handicap. Saisi, en 1984, d'un certain nombre de plaintes de parents d'enfants handicapés faisant état, d'une part, des difficultés économiques rencontrées par ces derniers pour scolariser leurs enfants et, d'autre part, du manque de structures scolaires spécialisées en milieu rural, le Défenseur du Peuple a effectivement attiré l'attention du ministre de l'éducation sur la nécessité de repenser le système de scolarisation des enfants souffrant d'un handicap. Intervention porteuse d'effets positifs puisque, à défaut de réponse expresse du ministre de l'éducation, ce dernier procéda, quelques mois plus tard, à la publication du décret relatif à la planification de l'éducation spéciale²⁵³³. Prévoyant, entre autres, l'intégration, à titre expérimental, des enfants handicapés au sein des centres publics d'enseignement, cette disposition a été saluée par le Défenseur du Peuple. Ce dernier considérant qu'appliquée de manière réaliste elle pourrait offrir une solution adaptée au problème de la scolarisation des enfants souffrant d'un handicap mental ou physique²⁵³⁴.

1016. Dans un registre quelque peu différent, mais tout aussi révélateur de cette volonté de garantir l'accès de tous à l'enseignement, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* ont dans une importante mesure œuvré en faveur de la possibilité pour les enfants étrangers de recevoir une instruction élémentaire. Le rapport monographique publié par le Défenseur espagnol au sujet de la scolarisation des élèves d'origine étrangère en est une illustration éclatante. Se proposant de déterminer le niveau de scolarité atteint par les enfants d'immigrés et leur degré d'intégration, ce rapport dresse un bilan globalement positif de la scolarisation des étrangers en Espagne mais fait état, toutefois, de l'existence, pour le moins préoccupante, d'un nombre significatif d'établissements scolaires, généralement situés dans des zones géographiques économiquement et socialement défavorisées, accueillant un pourcentage élevé d'enfants issus de l'immigration. Susceptible de préjudicier à l'effectivité du droit à un égal accès à l'éducation, ainsi qu'à l'intégration de ces élèves au sein de la société espagnole, cette concentration des enfants d'immigrés au sein de mêmes établissements a conduit le Défenseur du Peuple à attirer l'attention des pouvoirs publics responsables sur la nécessité de remédier à une telle situation²⁵³⁵. De même, au Portugal, le *Provedor de Justiça*, confronté au non respect, par une Direction régionale d'éducation, de la législation relative au complément éducatif à apporter aux élèves étrangers inscrits à l'école primaire, au motif de l'absence d'accord bilatéral de réciprocité conclu avec les pays d'origine des élèves concernés, a obtenu de la part du secrétaire d'Etat à l'éducation l'uniformisation, pour l'ensemble des Directions régionales d'éducation, du système d'accès des enfants étrangers au soutien scolaire²⁵³⁶.

²⁵³³ Décret n° 334-1985 du 6 mars 1985 relatif à la planification de l'éducation spéciale, *B.O.E.* du 16 mars 1985, p. 6917.

²⁵³⁴ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, op. cit., p. 229.

²⁵³⁵ Defensor del Pueblo, *Escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003

²⁵³⁶ Sur ce point, v. Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 2008, pp. 98-99.

1017. A l'évidence, ces quelques exemples permettent de rendre compte des efforts entrepris par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* pour garantir l'effectivité du « noyau dur » du droit à l'éducation que constitue la possibilité pour toute personne de recevoir une instruction élémentaire. Certes, on admettra, avec le responsable de la section de l'éducation et de la culture du Défenseur du Peuple, que le droit à l'éducation étant, à l'heure actuelle, globalement bien protégé, les plaintes adressées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* intéressent de moins en moins ce « noyau dur »²⁵³⁷. L'activité des *ombudsmen* ibériques dans le domaine de l'éducation ne saurait, pour autant, être réduite à néant. Tout aussi décisives, leurs interventions se situent, désormais, en périphérie du « noyau dur » du droit fondamental à l'éducation, notamment sur le terrain de la scolarisation infantile, qui concerne les enfants âgés de 0 à 6 ans, et des aides financières en matière d'études supérieures.

1018. S'agissant de la scolarisation infantile, une problématique récurrente à laquelle doit faire face le Défenseur du Peuple ces dernières années réside dans l'insuffisance du nombre de places scolaires disponibles, dans certaines zones géographiques, pour satisfaire aux demandes d'inscription des enfants âgés de moins de 6 ans²⁵³⁸. Suscitant de nombreuses réclamations de la part des citoyens, cette question conduit le Défenseur du Peuple à recommander aux administrations publiques compétentes de prendre en considération les dispositions législatives leur imposant, d'une part, de promouvoir l'augmentation progressive du nombre de places disponibles en premier cycle, c'est-à-dire pour les enfants dont l'âge est inférieur à 3 ans, et, d'autre part, d'établir la gratuité du second cycle concernant les enfants âgés de 3 à 6 ans. Recommandations à l'origine d'avancées significatives puisque, à travers son rapport d'activité pour l'année 2006, le Défenseur espagnol constate une diminution du nombre de plaintes dans le domaine du second cycle, signe d'un effort des administrations compétentes pour ouvrir davantage de places publiques et gratuites aux enfants âgés de 3 à 6 ans²⁵³⁹.

1019. Dans un sens similaire, le *Provedor de Justiça* s'est efforcé de contribuer activement à la concrétisation du principe constitutionnel reconnaissant d'intérêt public la généralisation de l'enseignement pré-scolaire²⁵⁴⁰. Une illustration en ce sens est donnée par la recommandation 37/A/00 adressée, en 2000, au secrétaire d'Etat à l'éducation. Saisi par l'Association des établissements d'enseignement privé et coopératif d'une recommandation contestant le refus de l'Etat de prendre en charge l'enseignement pré-scolaire, indépendamment des ressources économiques des familles, l'institution portugaise a suggéré au secrétaire d'Etat d'assumer progressivement et par étapes son devoir constitutionnel de soutien et de prise en charge

²⁵³⁷ Propos recueillis à l'occasion d'un stage réalisé au sein de l'institution du Défenseur du Peuple du 15 au 30 avril 2010.

²⁵³⁸ En ce sens, v. par ex. : Defensor del Pueblo, *Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los diputados, Madrid, 2006, pp. 413 et ss. ; *Informe anual 2006 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los diputados, Madrid, 2007, pp. 368 et ss. ; *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2009, pp. 323 et ss.

²⁵³⁹ Defensor del Pueblo, *Resumen del informe a las Cortes Generales correspondiente a 2006*, Madrid, 2007, p. 59

²⁵⁴⁰ Aux termes de l'article 74-2.b) de la Constitution portugaise, il incombe à l'Etat, dans la mise en œuvre de la politique de l'enseignement, de développer le système général d'éducation pré-scolaire.

intégrale, dans l'ensemble des niveaux d'enseignements, de cette composante du droit fondamental à l'éducation²⁵⁴¹. Accueillie favorablement par le secrétaire d'Etat, la recommandation du *Provedor de Justiça* s'est toutefois traduite, eu égard au coût économique impliqué par une telle démarche, par un simple engagement de mise en œuvre future²⁵⁴².

1020. Dans le domaine de l'enseignement supérieur, se doit d'être soulignée l'obtention par le Défenseur du Peuple, en 2007²⁵⁴³, de la modification du décret du 28 juillet 1983, relatif au système de bourses et d'aide à l'étude²⁵⁴⁴. A l'origine de nombreuses recommandations²⁵⁴⁵, la modification de ce décret, appelée de ses vœux depuis plusieurs années par le Défenseur espagnol²⁵⁴⁶, a non seulement rendu possible une simplification de la procédure de présentation des demandes de bourses, mais également, et surtout, un assouplissement des conditions exigées en vue de leur obtention²⁵⁴⁷.

1021. Pour finir, il convient de constater que les *ombudsmen* espagnol et portugais connaissent également de problématiques intéressant le droit fondamental à l'éducation dans son acception davantage défensive. C'est par exemple le cas au Portugal où le *Provedor de Justiça* a fermement condamné la pratique en vigueur au sein de certains établissements universitaires, à l'image des universités de lettres de Lisbonne et de Coimbra, consistant à subordonner l'accès à l'enseignement supérieur à la satisfaction de pré-requis physiques, inutiles et injustes, tels qu'une exigence de « capacités visuelles » suffisantes pour assister aux cours d'histoire et de géographie. Pratique jugée d'autant plus dangereuse par le *Provedor de Justiça* que le contenu indéterminé des pré-requis se révélait susceptible de conduire à des dérives arbitraires²⁵⁴⁸. Par ailleurs, une attention particulière doit être portée au rapport monographique adopté en 2011 par le Défenseur du Peuple sur le thème de la présence des

²⁵⁴¹ Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 2000*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2001, pp. 306 et ss.

²⁵⁴² Rapporté par Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., pp. 245-246.

²⁵⁴³ Décret n° 1721-2007 du 21 décembre 2007 relatif au régime des bourses et des aides à l'étude personnalisées, *B.O.E.* du 17 janvier 2008, p. 3496.

²⁵⁴⁴ Décret n° 2298-1983 du 28 juillet 1983 régulant le système de bourses et des autres aides à l'étude de caractère personnalisé, *B.O.E.* du 27 juillet 1983, p. 23578.

²⁵⁴⁵ On songera par exemple à la recommandation adressée par le Défenseur du Peuple à la Direction générale de la formation professionnelle et de la promotion éducative, en 2000, à la suite d'une plainte présentée par une étudiante de l'Université complutense de Madrid s'étant vue refuser une demande de bourses au motif de sa nationalité étrangère. Fondé sur l'article 2-1 du décret du 28 juillet 1983, limitant la délivrance des bourses universitaires aux seuls étudiants jouissant de la nationalité espagnole, ce refus, contraire à l'article 9-2 de la loi organique du 11 janvier 2000 (loi n° 4-2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, *B.O.E.* du 12 janvier 2000, p. 1139), consacrant le droit des étrangers à bénéficier du système public de bourses, a conduit l'institution espagnole à recommander la mise en conformité de l'article 2-1 dudit décret avec la nouvelle loi organique (Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los diputados, Madrid, 2001, p. 396).

²⁵⁴⁶ En ce sens, le lecteur pourra utilement se référer à l'ensemble des rapports annuels d'activité adoptés par l'institution espagnole entre 2000 et 2006.

²⁵⁴⁷ Sur ce point, v. Defensor del Pueblo, *Informe anual 2007 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2008, pp. 673-674.

²⁵⁴⁸ J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 219.

valeurs démocratiques au sein du processus éducatif²⁵⁴⁹. L'institution y souligne notamment le rôle central que doit jouer l'école dans la transmission, la promotion et la défense des valeurs de l'Etat de droit et de la démocratie. Faisant état d'un contexte sociétal prônant un individualisme exacerbé et des valeurs centrées sur la réussite personnelle, le culte de la fortune et de la consommation, de nature à altérer les valeurs que sont celles de la démocratie, à l'instar de la justice, l'égalité, la solidarité et le respect de la différence, ce rapport se propose, en effet, de rappeler que l'école se présente comme un espace privilégié de diffusion de l'idéal démocratique.

c. Le droit au logement

1022. Expressément consacré par les Constitutions espagnole et portugaise, le droit au logement, en tant que droit-créance impliquant d'importantes dépenses publiques et entrant directement en conflit avec le droit de propriété, rencontre de véritables difficultés pour produire ses effets en pratique. Conditionnant dans une importante mesure l'effectivité du droit au respect de la dignité de la personne humaine²⁵⁵⁰, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent n'en demeure pas moins, aux yeux de Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, un droit fondamental à part entière dont la concrétisation s'impose aux pouvoirs publics. Aussi, en cette matière également, l'activité des deux institutions se veut-elle particulièrement riche²⁵⁵¹. Certes, l'efficacité de leur action demeure largement tributaire de la conjoncture économique et des disponibilités des finances publiques²⁵⁵². On ne saurait, pour autant, nier que les *ombudsmen* ibériques ont rendu possible des avancées décisives dans le domaine du droit au logement.

1023. C'est notamment le cas au Portugal où le *Provedor de Justiça*, régulièrement confronté à des conflits opposant le droit au logement et le droit de propriété, s'est efforcé de proposer des solutions de nature à permettre la conciliation entre ces deux principes constitutionnels potentiellement antinomiques. Un exemple en ce sens est donné par le rapport d'activité de l'institution pour l'année 1976. Saisi de plusieurs plaintes faisant état de conflits entre, d'un côté, des propriétaires ne percevant plus leur loyer ou disposant de logements occupés illégalement et, de l'autre côté, des personnes issues de milieux sociaux extrêmement défavorisés sur le point d'être expulsées en raison, précisément, de retards dans le paiement de leur loyer ou d'occupations illégales de propriétés privées, le *Provedor de Justiça* suggéra l'adoption d'une mesure d'urgence de nature à permettre aux tribunaux d'ordonner, sur la base d'un système équitable pondérant les intérêts divergents des personnes menacées d'expulsion et des propriétaires, la suspension des expulsions le temps qu'une nouvelle

²⁵⁴⁹ Defensor del Pueblo, *La presencia de los valores democráticos en el proceso educativo*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2011.

²⁵⁵⁰ Ce lien étroit entre la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine s'avère clairement exprimé en France par la décision du Conseil constitutionnel *Bioéthique* du 27 juillet 1994 (Cons. const., décision 94-343/344 DC, *Rec.*, p. 100, *J.O.* du 29 juillet 1994, p. 11024).

²⁵⁵¹ Pour une approche synthétique de cette activité en Espagne, le lecteur pourra utilement se référer à : E. Múgica Herzog, « El Defensor del Pueblo y los derechos de las personas "sin hogar" », *Temas para el debate*, 2009, n° 174, p. 23.

²⁵⁵² Sur cette problématique, v. *infra*, n° 1346 et ss.

législation, en mesure de réguler le problème du logement dans un sens compatible avec les principes de justice sociale inscrits dans la Constitution, soit adoptée²⁵⁵³. Acceptée par le gouvernement, cette suggestion donna lieu à l'adoption du décret-loi du 20 juillet 1977 relatif à la modification du régime des expulsions²⁵⁵⁴. A l'évidence, il s'agit là d'une illustration significative de la participation du *Provedor de Justiça* à la promotion du droit au logement.

1024. Et des cas de figure similaires sont identifiables en Espagne. Dans le courant des années 1990, par exemple, le Défenseur du Peuple, constatant une banalisation de la pratique consistant à attribuer les logements publics par tirage au sort, n'a pas manqué de condamner fermement cette pratique et de suggérer aux organes administratifs compétents, parfois avec succès, de revenir à des pratiques plus objectives, à l'image du système de liste permettant de prendre en considération les ressources économiques et sociales des intéressés et de faire bénéficier les logements publics aux personnes les plus démunies²⁵⁵⁵.

1025. Toujours en Espagne, le Défenseur du Peuple se révèle particulièrement attentif à l'évolution du phénomène des bidonvilles existant dans certaines communautés autonomes. Ensembles d'habitats précaires, constitués en dehors de toute décision urbanistique et situés en périphérie des villes et des espaces urbains, les bidonvilles, en même temps qu'ils intéressent la problématique du logement, renvoient, plus largement, au phénomène de la misère humaine et de l'exclusion sociale. Erigées par une catégorie de la population ne disposant pas de la possibilité d'accéder, par le biais du marché, à un logement décent et adapté, ces habitations de fortunes, généralement constituées de matériaux de récupération, traduisent, en effet, une importante marginalisation. Particulièrement implantée au sein de certaines communautés autonomes, telles que les Îles Canaries²⁵⁵⁶ ou l'Andalousie²⁵⁵⁷, cette problématique, qui présente à l'heure actuelle un visage nouveau avec l'apparition de bidonvilles exclusivement constitués de personnes issues de l'immigration²⁵⁵⁸, se trouve, notamment, abordée par le Défenseur du Peuple à l'occasion des journées de coordination qu'il organise avec les défenseurs des communautés autonomes. L'objectif poursuivi étant de faire le point sur son évolution et les solutions proposées par les défenseurs des communautés autonomes en vue d'y remédier²⁵⁵⁹.

1026. Pour en terminer avec le droit au logement, il convient de rappeler l'attention actuellement portée par le Défenseur du Peuple aux difficultés rencontrées par les espagnols,

²⁵⁵³ *Relatório do Provedor de Justiça – 1976, op. cit.*, pp. 24-25.

²⁵⁵⁴ Décret-loi n° 293-77, *D.R. série I* du 20 juillet 1977, p. 1793.

²⁵⁵⁵ Sur ces questions, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, op. cit.*, p. 166.

²⁵⁵⁶ Sur ce point, v. I. Martínez Rubio, « El plan interinstitucional de actuaciones contra la pobreza y la exclusión social en el área de las Palmas de Gran Canaria : la intervención del Diputado del Común », in *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Madrid, Palacio del Senado, 12 y 13 de noviembre de 2001*, Gabinetes de Estudios y Documentación del Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, pp. 246 et ss.

²⁵⁵⁷ En ce sens, v. C. Girón Caro, « El chabolismo en Andalucía », in *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Madrid, Palacio del Senado, 12 y 13 de noviembre de 2001, op. cit.*, p. 227.

²⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 240.

²⁵⁵⁹ En ce sens, v. par ex. : *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Madrid, Palacio del Senado, 12 y 13 de noviembre de 2001, op. cit.*, pp. 227 et ss.

dans un contexte de crise économique et d'augmentation des prix des loyers, pour se loger. Saisi de très nombreuses plaintes au sujet de retards, voire d'interruptions, en matière de paiements d'aides au logement²⁵⁶⁰, l'institution n'en rencontre pas moins d'importantes difficultés pour obtenir la collaboration des administrations concernées, celles-ci refusant de reconnaître leur responsabilité dans l'irrégularité constatée ou rejetant cette responsabilité sur d'autres organes administratifs²⁵⁶¹. Ces résistances ne sauraient, pour autant, entamer la détermination du Défenseur espagnol de remédier aux répercussions de la crise économique sur le logement. En atteste le rapport monographique relatif à la crise économique et aux débiteurs hypothécaires récemment publié par l'institution²⁵⁶². Déjà identifié précédemment, ce rapport propose un certain nombre de solutions de nature à pallier les difficultés rencontrées par certains citoyens, en raison de l'insuffisance de leurs revenus, de l'effondrement des prix de l'immobilier et du chômage, pour respecter les échéances de remboursement de leurs crédits hypothécaires.

d. Le droit à l'emploi et à la sécurité matérielle

1027. Essentiellement guidées par les fluctuations du marché économique, les décisions adoptées par les instances étatiques dans le domaine de la sécurité matérielle et, surtout, de l'emploi se trouvent, dans une importante mesure, conditionnées par des facteurs conjoncturels échappant très largement à leur contrôle et, par là-même, à celui de l'*human rights ombudsman*²⁵⁶³. Pour autant, si le domaine de l'emploi et de la sécurité matérielle constituent des matières où l'ombudsman spécialisé dispose d'une marge de manœuvre relativement faible, l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* en la matière ne saurait confiner à la nullité absolue. Outre le traitement de nombreuses réclamations adressées par des chômeurs, faisant état de retards excessifs de la part de l'administration dans le traitement des demandes d'allocations chômage, d'absence de paiement de ces allocations, voire tout simplement de suspension sans fondement de leur versement²⁵⁶⁴, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* contribuent activement à la concrétisation des droits des chômeurs et des retraités²⁵⁶⁵ et, dans une certaine mesure, du droit à l'emploi. Ce dernier, « à défaut de permettre à chacun d'exiger la fourniture d'un emploi, [...] permet[ant] à tout le

²⁵⁶⁰ Sur ce point, v. entre autres : Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 588.

²⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 589.

²⁵⁶² Defensor del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, op. cit.

²⁵⁶³ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit à l'emploi, bien que constitutionnellement consacré, ne saurait impliquer la possibilité pour chacun d'exiger un emploi rémunéré (en ce sens, v. L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 369). En somme, et comme le souligne le professeur Michel Borgetto, « la question de l'opposabilité et de l'effectivité ne saurait se poser, pour un droit tel que le droit au travail, de la même façon ou dans les mêmes termes que pour d'autres droits-créances tels que, par exemple, le droit à la protection de la santé ou le droit à l'éducation : droits qui, en tant qu'ils sont parfaitement compatibles avec l'ordre socio-économique libéral, ne posent pas, sur le plan juridique, de réel problème de concrétisation » (« L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? », in P. du Cheyron et D. Gélot (Coord.), *Droit et pauvreté*, op. cit., p. 108).

²⁵⁶⁴ M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., p. 148.

²⁵⁶⁵ En ce sens, v. C. Giner De Grado, *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, op. cit., p. 73.

moins à son titulaire, s'il remplit certaines conditions, "d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence" »²⁵⁶⁶.

1028. Ainsi, en Espagne, le Défenseur du Peuple n'a pas hésité à introduire, le 22 janvier 1987, un recours d'*amparo* contre la décision du Tribunal central du travail, confirmatrice de la résolution de la Direction générale de l'institut national de l'emploi, refusant de reconnaître à un travailleur, membre du régime général de sécurité sociale, le bénéfice des prestations de chômage dont jouissent normalement les chômeurs de plus de cinquante cinq ans pour la période restant à courir jusqu'à la retraite. Se fondant sur l'ancien statut de travailleur indépendant du requérant et son affiliation, durant un certain temps, au régime spécial de sécurité sociale, la décision du Tribunal central du travail, considérée comme discriminatoire et contraire au principe d'égalité devant la loi par le Tribunal constitutionnel, a été annulée le 22 décembre 1987 et le droit de l'intéressé aux prestations chômages reconnu²⁵⁶⁷. Dans un registre différent, le Défenseur du Peuple s'est également intéressé, à l'occasion de son étude monographique publiée en 2003, à la problématique de la précarité de l'emploi au sein de la fonction publique²⁵⁶⁸. L'institution espagnole y dresse le constat que le recours à l'intérim et aux contrats de travail à durée déterminée par les administrations publiques, en principe limité à des situations d'exceptionnelle nécessité par la loi relative aux mesures de réforme de la fonction publique, se révèle, en réalité, chose courante, ce qui ne va pas sans remettre en cause certains principes directeurs de la fonction publique, en tête desquels la stabilité et la permanence de l'emploi. Fort de ce constat, le Défenseur du Peuple se propose, à travers ce rapport, d'identifier les difficultés existantes en la matière et de quantifier, dans la mesure du possible, les employés publics se trouvant dans une situation de précarité, en vue de formuler une série de recommandations susceptibles de remédier à la prolifération des emplois précaires dans le domaine de la fonction publique.

1029. Au Portugal, le *Provedor de Justiça*, s'est proposé, en 1993, de remédier aux difficultés financières rencontrées par des fonctionnaires s'étant vu appliquer l'article 15 du statut disciplinaire des fonctionnaires et employés de l'État²⁵⁶⁹, aux termes duquel lorsque les fonctionnaires et les agents de l'Etat visés par une sanction disciplinaire se trouvent déjà à la retraite, la sanction prend la forme d'une suspension du paiement des salaires ou des pensions pour une période maximum de 4 ans. Après avoir rappelé que le droit à un revenu minimum d'existence est une composante du droit à la vie et une condition d'effectivité du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, limite absolue que le législateur ne saurait outrepasser, le *Provedor* a recommandé l'adoption d'une mesure législative de nature à permettre, dans le cadre de ce dispositif de suspension des revenus, la sauvegarde d'un

²⁵⁶⁶ M. Borgetto, « L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? », *op. cit.*, p. 108.

²⁵⁶⁷ Rapporté par : I. Torres Muro, « Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal constitucional », *op. cit.*, pp. 111-112 ; F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, pp. 77-78.

²⁵⁶⁸ Defensor del Pueblo, *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, *op. cit.*

²⁵⁶⁹ Statut approuvé par le décret-loi n° 24-84 du 16 janvier 1984, D.R. série I du 16 janvier 1984, p. 133.

minimum indispensable à la survie de l'agent fautif²⁵⁷⁰. Accueillie favorablement par le secrétaire d'Etat adjoint au budget, la recommandation donna lieu à une ordonnance adressée à la Direction générale de l'administration publique afin que soit adoptée la mesure préconisée. Malgré une certaine résistance de la part du secrétaire d'Etat à l'administration publique, le *Provedor de Justiça* obtint finalement gain de cause avec l'adoption de la loi du 9 juin 1996²⁵⁷¹ et du décret-loi du 31 juillet 1997²⁵⁷² consacrant le droit de tous à un revenu minimal de garantie, prestation consistant, aux termes de l'article 1 de la loi du 9 juin 1996, à assurer aux individus et à leur famille un revenu de nature à permettre la satisfaction des besoins essentiels et une progressive insertion sociale et professionnelle²⁵⁷³.

1030. Toujours au Portugal, il convient de rappeler le recours en inconstitutionnalité pour omission introduit, en 1994, par le *Provedor de Justiça* en raison de l'absence de mesure législative de concrétisation de l'article 59 e) de la Constitution portugaise relatif à l'assistance matérielle des fonctionnaires et des agents de l'administration publique en situation de chômage involontaire²⁵⁷⁴. Confirmée par le Tribunal constitutionnel dans sa décision n° 474-2002²⁵⁷⁵, l'omission législative constatée a finalement donné lieu à une intervention du gouvernement en 2007 de nature à garantir l'effectivité de cette assistance matérielle²⁵⁷⁶.

1031. De façon tout aussi remarquable, mérite d'être saluée la récente initiative prise par le *Provedor de Justiça* d'inspecter un certain nombre de centres portugais pour l'emploi. A l'origine d'un rapport monographique publié en 2011²⁵⁷⁷, cette initiative s'inscrit en réaction au nombre élevé de plaintes adressées à l'institution, par des citoyens au chômage ou à la recherche de leur premier emploi, quant à l'inefficacité des programmes de création d'emplois existant et des dysfonctionnements affectant les services locaux et régionaux d'aide à la recherche d'emploi. Elle s'est conclue par l'édiction d'une série de recommandations en vue de favoriser une meilleure gestion par les centres pour l'emploi de deux dispositifs proposés par le gouvernement dans le cadre de son projet de relance et de stimulation de l'emploi : d'une part, les initiatives locales pour l'emploi et, d'autre part, le versement anticipé des prestations de chômage. L'idée étant de permettre un traitement plus rapide des dossiers de candidature à ce type de programmes, l'amélioration du soutien technique fourni aux demandeurs d'emplois, ainsi qu'une meilleure évaluation des lacunes de leurs projets professionnels.

²⁵⁷⁰ Recommandation du 15 novembre 1993, in *Relatório da actividade do Provedor de Justiça – Ano de 1993*, op. cit., p. 181.

²⁵⁷¹ Loi n° 19-A/96 du 9 juin 1996 créant le revenu minimal de garantie, D.R. série I du 29 juin 1996, p. 1690.

²⁵⁷² Décret-loi n° 196-97 du 31 juillet 1997 réglémentant la loi 19-A/96 créant le revenu minimum de garantie, D.R. série I du 31 juillet 1997, p. 3962.

²⁵⁷³ Pour une présentation exhaustive de cette question, v. not. J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 179-181.

²⁵⁷⁴ Pour une approche approfondie de cette question, v. : M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, op. cit., p. 155 ; J. Menéres Pimentel (Coord.), op. cit., pp. 212-214 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., pp. 169-170.

²⁵⁷⁵ Acórdão 474/2002 du 19 novembre 2002, op. cit.

²⁵⁷⁶ M. Eduarda Ferraz, op. cit., p. 63.

²⁵⁷⁷ Provedor de Justiça, *Relatório da inspecção aos centros de emprego. Programas de apoio à criação de emprego*, op. cit.

1032. Domaine d'intervention privilégié du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, les droits-sociaux créances trouvent indiscutablement à bénéficier, de l'autre côté des Pyrénées, de la capacité de l'*human rights ombudsman* à encourager la concrétisation des normes de droits fondamentaux. Se distinguant, on l'a vu, en raison d'une configuration institutionnelle leur permettant de contribuer à l'implantation de l'Etat social, les *ombudsmen* ibériques participent, en effet, activement à la concrétisation et, plus largement, à la protection de cette catégorie de droits. En cela, ils complètent habilement les mécanismes juridictionnels de garantie et, ce faisant, confirment, une fois de plus, l'incontestable apport de la protection non juridictionnelle à l'Etat de droit. Un constat similaire peut être dressé s'agissant des droits fondamentaux des publics dits fragiles.

2. L'attention particulière portée aux droits fondamentaux des publics dits fragiles

1033. Touchée du doigt à l'occasion des développements précédents, relatifs à la concrétisation des droits-sociaux créances, l'attention portée par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* aux droits fondamentaux des publics dits fragiles se trouve rendue possible, dans une importante mesure du moins, par la faculté d'action d'office des deux institutions. Conscients que « *la protection de la minorité est la fonction essentielle des droits ou libertés fondamentales* »²⁵⁷⁸, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* s'efforcent effectivement d'orienter, autant que faire se peut²⁵⁷⁹, leur activité vers la défense des catégories de personnes dont les droits et libertés courent un risque accru d'être méconnus et qui, par méconnaissance ou par timidité, ne comptent pas nécessairement parmi les bénéficiaires des droits fondamentaux recourant le plus fréquemment aux services de l'ombudsman²⁵⁸⁰. En témoignent les très nombreux rapports monographiques consacrés à cette question par les deux institutions ibériques. En Espagne, c'est le cas de 19 des 28 études monographiques élaborées à ce jour par le Défenseur du Peuple²⁵⁸¹. De même, au Portugal,

²⁵⁷⁸ H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1998, p. 199.

²⁵⁷⁹ Il convient, en effet, de garder à l'esprit que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* doivent en priorité répondre aux très nombreuses réclamations qui leurs sont adressées (v. l'annexe 5), de sorte que leur activité d'office se trouve inévitablement reléguée au second plan.

²⁵⁸⁰ Sur ce point, les statistiques parlent d'elles mêmes : se sont les fonctionnaires qui recourent le plus régulièrement au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* (en ce sens, v. par ex. : F. López de Foronda Vargas, « Los defensores del pueblo y la selección de personal en las administraciones públicas », in *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, Oñati, 1997, p. 159 ; M. Ruiz César, « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », *op. cit.*, p. 2489). Rien de très surprenant toutefois dès lors que, comme le souligne Faustina López de Foronda Vargas, les fonctionnaires comptent très certainement comme la catégorie de citoyens la plus familiarisée avec le mode de fonctionnement de l'administration et les instruments de garantie des droits et libertés fondamentaux (« Los defensores del pueblo y la selección de personal en las administraciones públicas », *op. cit.*, p. 161).

²⁵⁸¹ Sur ces 19 rapports, 9 concernent les droits des enfants et des mineurs (*Seguridad y prevención de accidentes en áreas infantiles*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1997 ; *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000 ; *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2007 ; *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2009 ; *Programación y contenidos de la televisión e internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2010), parmi lesquels 2 intéressent également la situation pénitentiaire en Espagne (*Menores : estudios sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de*

sur les 13 rapports publiés par le *Provedor de Justiça* depuis 1996, pas moins de 9 intéressent les publics dits fragiles²⁵⁸². Afin de rendre compte plus en détail de cette contribution au renforcement des droits fondamentaux des publics dits fragiles, qui, en raison de sa densité, ne se prête guère à une étude exhaustive, quatre exemples, parmi d'autres, peuvent être retenus : les étrangers (a), les mineurs (b), les handicapés (c) et les détenus (d).

a. Les droits fondamentaux des étrangers

1034. Monopolisant à elles seules quasiment une section du Défenseur du Peuple²⁵⁸³, les questions relatives aux droits fondamentaux des étrangers constituent un domaine d'activité des *ombudsmen* ibériques particulièrement dense. À l'origine de très nombreuses plaintes, en provenance, notamment, du milieu associatif, les droits des étrangers justifient, de surcroît, et ce depuis les premières années d'activité des deux institutions, de nombreuses interventions d'office du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Dans ces conditions, rendre compte de façon exhaustive de l'activité des *ombudsmen* espagnol et portugais en la matière apparaît évidemment impossible. En revanche, il s'avère tout à fait envisageable d'exposer les exemples les plus marquant de cette activité afin d'en résumer les grandes lignes.

las funciones protectora y reformadora, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991 ; *El primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2002) et 2 autres le droit des étrangers (*Escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico, op. cit.* ; *¿ Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad ?*, Madrid, 2011) ; 3, en plus des deux rapports précités relatifs aux mineurs, intéressent l'administration pénitentiaire et les droits des détenus (*Situación penitenciaria en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1987 ; *Situación penitenciaria en Cataluña*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1990 ; *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1997) ; 1 aborde la question de la violence domestique contre les femmes (*La violencia doméstica contra las mujeres*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1998) ; 2, en dehors des 2 rapports déjà évoqués dans le domaine des droits des enfants, intéressent le droit des étrangers (*Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991 ; *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2005) ; 2 sont consacrés aux droits et libertés des personnes du troisième âge (*Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1990 ; *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2001) ; et, enfin, 2 touchent aux droits des handicapés (*Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1996 ; *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000).

²⁵⁸² Sur ces 9 rapports, 4 sont consacrés au système pénitentiaire portugais et à la protection des droits fondamentaux des détenus (*Relatório sobre o Sistema Prisional*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1996 ; *Instituto de Reinserção Social. Relatório Especial à Assembleia da República*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1997 ; *Relatório sobre o Sistema Prisional*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1998 ; *Relatório sobre o Sistema Prisional*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2003) ; 2 intéressent les personnes du troisième âge (*Lares de Idosos dos Açores*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2005 ; *Os Idosos e as Instituições de Acolhimento da Região Autónoma da Madeira*, Lisboa, 2008) ; 2 portent sur les droits des enfants (*Crianças e Jovens acolhidos nos Lares e Casas de Acolhimento Temporário (CAT) da Região Autónoma dos Açores*, Lisboa, 2008 ; *Os Direitos de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens na Região Autónoma da Madeira: Perspectivação do Acolhimento Institucional*, Lisboa, 2010) ; et, enfin, le dernier concerne le droit des étrangers (*A instalação temporária de cidadãos estrangeiros não admitidos em Portugal ou em processo de afastamento do território nacional*, Lisboa, 2011).

²⁵⁸³ Il s'agit de la section de l'immigration et des affaires étrangères (sur ce point, v. l'annexe 2).

1035. Pour ce faire, mérite, avant tout, d'être mentionnée l'importante activité semi-contentieuse des *ombudsmen* ibériques dans le domaine des droits des étrangers. En Espagne, ont ainsi fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité de la part du Défenseur du Peuple plusieurs dispositions de la loi organique du 1^{er} juillet 1985 relative aux droits et libertés des étrangers²⁵⁸⁴. A l'origine d'une déclaration d'inconstitutionnalité partielle²⁵⁸⁵, ce recours a notamment donné lieu à la censure du dispositif subordonnant l'exercice du droit de réunion entre étrangers à la délivrance d'une autorisation administrative préalable. En outre, le Tribunal constitutionnel a également censuré, d'une part, la disposition autorisant le Conseil des ministres à suspendre les activités associatives des étrangers, au motif de sa contrariété avec l'article 24-2 de la Constitution²⁵⁸⁶, d'autre part, le principe selon lequel les résolutions administratives adoptées en conformité avec les dispositions de cette loi organique ne sauraient faire l'objet d'un recours en suspension devant le juge, en raison de sa méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif²⁵⁸⁷. Plus récemment, le recours en inconstitutionnalité introduit par le Défenseur du Peuple contre l'article 2 a) de la loi du 10 janvier 1996, limitant l'accès à l'assistance juridique gratuite aux seuls étrangers « *résidant légalement en Espagne* »²⁵⁸⁸, a également fait l'objet d'un accueil favorable de la part du Tribunal constitutionnel. Ce dernier considérant, à travers sa décision du 22 mai 2003²⁵⁸⁹, que refuser aux étrangers sans ressources le bénéfice de l'assistance juridique gratuite constitue une violation du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, droit fondamental dont sont également titulaires les étrangers en situation irrégulière sur le territoire espagnol.

1036. Au Portugal, le *Provedor de Justiça* a introduit de très nombreux recours en inconstitutionnalité en faveur de la préservation du principe, consacré par l'article 15 de la Constitution portugaise, d'égalité des droits entre les nationaux et les étrangers résidant ou séjournant au Portugal. A ce titre, l'institution portugaise a obtenu, en 2002, du Tribunal constitutionnel la reconnaissance de l'inconstitutionnalité du décret-loi du 28 avril 1990²⁵⁹⁰ interdisant l'accès à la profession d'enseignant aux ressortissants de pays étrangers ne disposant d'aucun acte de droit international, communautaire ou législatif leur conférant la possibilité expresse d'accéder à la fonction publique portugaise²⁵⁹¹. De même, en 2001, le Tribunal constitutionnel, saisi d'un recours en inconstitutionnalité introduit par le *Provedor de Justiça* en 1999²⁵⁹², a déclaré contraire au principe constitutionnel d'égalité des droits entre

²⁵⁸⁴ Loi organique n° 7-1985 du 1^{er} juillet 1985 relative aux droits et libertés des étrangers en Espagne, *B.O.E.* du 3 juillet 1985, p. 20824.

²⁵⁸⁵ STC 115/1987 du 7 juillet 1987, *op. cit.*

²⁵⁸⁶ Aux termes de cette disposition, « *les associations peuvent être dissoutes ou voir leurs activités suspendues seulement en application d'une décision de justice motivée* ».

²⁵⁸⁷ Pour une approche approfondie, v. not. I. Torres Muro, « Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal constitucional », *op. cit.*, pp. 97-98.

²⁵⁸⁸ Loi n° 1-1996 du 10 janvier 1996 relative à l'assistance juridique gratuite, *B.O.E.* du 12 janvier 1996, p. 793.

²⁵⁸⁹ STC 95/2003 du 22 mai 2003, *B.O.E.* du 10 juin 2003

²⁵⁹⁰ Décret-loi n° 139-A/90 du 28 avril 1990 approuvant le statut relatif à la carrière des éducateurs d'enfants et des professeurs de l'enseignement primaire et secondaire, *D.R.* série I du 28 avril 1990, p. 2040.

²⁵⁹¹ Rapporté par M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, pp. 85-86.

²⁵⁹² Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 1999*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2000, pp. 837 et ss.

les nationaux et les étrangers les dispositions du décret-loi du 20 janvier 1976²⁵⁹³ et du décret-loi du 1^{er} octobre 1984²⁵⁹⁴ réservant aux seuls ressortissants portugais la possibilité de bénéficier du statut de personne handicapée des forces armées²⁵⁹⁵.

1037. Parallèlement à cette activité semi-contentieuse, la problématique des droits fondamentaux des étrangers intéresse également bon nombre de rapports monographiques élaborés par les *ombudsmen* ibériques. Ceci est particulièrement vrai en Espagne où le Défenseur du Peuple a publié, ces dernières années, quatre études monographiques en rapport avec la thématique des droits des étrangers. Outre le rapport, déjà signalé, relatif à la scolarisation des enfants issus de l’immigration, deux de ces études, respectivement publiées en 1991²⁵⁹⁶ et 2005²⁵⁹⁷, intéressent la problématique de la situation juridique et de l’assistance des étrangers en Espagne. Motivés par la volonté du Défenseur du Peuple de s’assurer que les étrangers qui entrent sur le territoire espagnol se trouvent véritablement en mesure d’exercer les droits et libertés que la Constitution leur octroie, ces deux rapports proposent, entre autres, une série de recommandations visant à renforcer l’assistance matérielle et juridique des étrangers. Quant au dernier rapport, publié en 2011, celui-ci aborde la problématique, pour le moins originale, des procédés d’évaluation de l’âge des étrangers dont la minorité apparaît incertaine²⁵⁹⁸. Se proposant d’identifier les lacunes affectant de tels procédés, ce rapport, s’il présente une dimension plus technique que les autres études consacrées au droit des étrangers, n’en demeure pas moins porteur d’enjeux essentiels du point de vue des droits fondamentaux des étrangers, spécialement en ce qui concerne ceux des mineurs. Dans la mesure où les déclarations de droits exigent que soit portée une attention spéciale à la protection des enfants, il apparaît, en effet, indispensable de parvenir à identifier avec précision les étrangers mineurs. Moins prolifique que son voisin espagnol en cette matière, le *Provedor de Justiça* se trouve toutefois à l’origine d’une étude monographique en matière de droit des étrangers. Portant sur le thème de la rétention et de la procédure d’éloignement des étrangers en situation irrégulière sur le territoire portugais, cette étude, publiée en 2011, met notamment l’accent sur la nécessité de veiller au respect des droits et libertés de personnes qui, généralement placées dans des conditions économiques, juridiques et psychologiques très faibles, se trouvent, subitement, confrontées aux autorités d’un pays qui leur est étranger²⁵⁹⁹.

1038. Les droits fondamentaux des étrangers occasionnent, par ailleurs, de très nombreuses visites de centres de rétention de la part Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. C’est ainsi qu’en Espagne, pas moins de 16 centres d’accueil des étrangers, qu’il s’agisse d’installations de première assistance et de détention, de centres de séjour temporaire pour les immigrants ou, encore, de centres pour mineurs ont été visités par le Défenseur du Peuple en

²⁵⁹³ Décret-loi n° 43-76 20 janvier 1976 reconnaissant le droit à la réparation matérielle et morale des handicapés des forces armées, *D.R.* série I du 20 janvier 1976, p. 97.

²⁵⁹⁴ Décret-loi n° 319-84 du 1^{er} octobre 1984, *D.R.* série I du 1^{er} octobre 1984, p. 3015.

²⁵⁹⁵ Acórdão 423/2001 du 9 octobre 2001, *D.R.* série I du 7 novembre 2001.

²⁵⁹⁶ Defensor del Pueblo, *Situación jurídica y asistencial de los extranjereros en España*, *op. cit.*

²⁵⁹⁷ Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjereros en España*, *op. cit.*

²⁵⁹⁸ Defensor del Pueblo, *¿ Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad ?*, *op. cit.*

²⁵⁹⁹ Provedor de Justiça, *A instalação temporária de cidadãos estrangeiros não admitidos em Portugal ou em processo de afastamento do território nacional*, *op. cit.*

2008²⁶⁰⁰. Au Portugal, la visite, en 1996, 1998 et 2002²⁶⁰¹, de plusieurs centres pénitentiaires par le *Provedor de Justiça* a conduit celui-ci à mettre en garde l'administration quant à l'utilisation de telles installations en vue d'exécuter les mesures de placement en rétention prononcées à l'encontre des étrangers en situation irrégulière. Compte tenu de la gravité de la situation, l'institution portugaise a recommandé la mise en place, d'ici dix ans, d'un ou plusieurs centres adaptés à l'accueil de ce public²⁶⁰². A cet égard, se doit d'être soulignée la création, en 2006, d'un centre d'installation temporaire des étrangers en situation irrégulière dans la ville de Porto²⁶⁰³.

1039. Pour finir, on ne saurait véritablement aborder l'action des *ombudsmen* ibériques dans le domaine des droits fondamentaux des étrangers sans consacrer quelques développements aux recommandations adressées par les deux institutions en cette matière. Hétéroclites, ces recommandations intéressent quasiment l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement reconnus aux non nationaux. Ainsi, en Espagne, le Défenseur du Peuple a, par exemple, pointé du doigt, en 2008²⁶⁰⁴, au motif de sa contrariété avec l'article 17 b) de la loi organique 11 janvier 2000 autorisant les enfants mineurs de moins de 18 ans à rejoindre leurs parents résidant régulièrement en Espagne²⁶⁰⁵, la pratique de l'administration consistant à refuser systématiquement les demandes de regroupement familial formulées par les enfants étrangers se situant dans une tranche d'âge comprise entre 17 et 18 ans. La même année, le Défenseur du Peuple, saisi d'une plainte d'un demandeur d'asile d'origine vénézuélienne dénonçant un retard excessif dans le traitement de sa requête présentée devant l'ambassade espagnole d'Uruguay, a recommandé au secrétaire d'Etat aux affaires étrangères l'élaboration d'un protocole afin que les organes diplomatique de représentation de l'Espagne à l'étranger traitent immédiatement les demandes d'asile qui leur sont adressées²⁶⁰⁶. Accueillie favorablement par le secrétaire d'Etat aux affaires étrangères, cette recommandation n'a toutefois pas été prise en considération par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi du 30 octobre 2009 portant régulation du droit d'asile et de la protection subsidiaire²⁶⁰⁷.

1040. Au Portugal, le *Provedor de Justiça*, confronté au refus du secrétaire d'Etat adjoint au ministre de l'administration interne de faire droit à une demande d'octroi de la nationalité portugaise, au motif de l'insuffisance des moyens économiques du demandeur, a précisé, à travers une recommandation en date du 16 juin 1994, que le pouvoir d'accorder, par voie de naturalisation, la nationalité portugaise, aussi discrétionnaire soit-il, ne saurait autoriser

²⁶⁰⁰ En ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Resumen del informe a las Cortes Generales año 2008*, Madrid, 2009, pp. 79 et ss.

²⁶⁰¹ Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., p. 92.

²⁶⁰² *Ibid.*, p. 96.

²⁶⁰³ *Ibid.*, p. 97.

²⁶⁰⁴ Recommandation n° 23/2008, citée par G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », op. cit., p. 244.

²⁶⁰⁵ Loi organique n° 4-2000 du 11 janvier 2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, op. cit.

²⁶⁰⁶ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 313-315.

²⁶⁰⁷ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2009 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2010, p. 341.

l'administration à recourir à des critères arbitraires dans sa prise de décision²⁶⁰⁸. Plus récemment, l'institution portugaise s'est prononcée sur le refus de l'administration d'attribuer des prestations familiales et de solidarité aux étrangers titulaires de titres de séjour. Constatant la légalité de ce refus, fondé sur une interprétation littérale de la législation en vigueur en matière de résidence, le *Provedor de Justiça* a, néanmoins, recommandé au ministre du travail et de la solidarité sociale, sur la base des principes constitutionnels d'égalité des droits entre citoyens et étrangers et du droit de tous à la sécurité sociale, de promouvoir en interne, au niveau des services de la sécurité sociale, une interprétation plus souple du concept de résidence ou de procéder à la modification, à travers un projet de loi, des contours d'un tel concept²⁶⁰⁹. Finalement réceptionnée par le législateur, cette recommandation a permis aux étrangers titulaires de titres de séjour de bénéficier des allocations familiales et de solidarité²⁶¹⁰.

b. Les droits fondamentaux des enfants

1041. En dépit du faible nombre de recours introduits devant le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* en cette matière, la défense des droits et libertés des mineurs constitue, sans nul doute, une préoccupation constante des deux institutions ibériques, se traduisant par de très nombreuses interventions d'office²⁶¹¹. Parce que les enfants se présentent comme un public comptant parmi les catégories de la population les plus vulnérables et les plus rapidement dépourvues de moyen d'action en cas d'atteinte portée à leurs droits fondamentaux, les *ombudsmen* espagnol et portugais se veulent, en effet, on ne peut plus attentifs à la protection des droits et libertés d'un tel public²⁶¹². On ne peut plus dispartes, les problématiques abordées par les deux institutions dans ce domaine intéressent, pour ainsi dire, l'ensemble des droits fondamentaux des mineurs, avec toutefois une attention spécifique portée aux hypothèses de mauvais traitements. En atteste, au Portugal, la création, en 1992, d'une ligne téléphonique gratuite spécialement aménagée pour permettre aux enfants en danger de s'adresser directement au *Provedor de Justiça*²⁶¹³.

1042. En pratique, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* exercent essentiellement cette activité de protection des droits fondamentaux des mineurs par le prisme, d'une part, de leur pouvoir de recommandation et, d'autre part, de leur faculté d'élaboration de rapports monographiques.

²⁶⁰⁸ Recommandation n° 180/94 du 16 juin 1994, citée par J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 124.

²⁶⁰⁹ Sur cette question, v. Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 2005*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2006, pp. 376-391.

²⁶¹⁰ Rapporté par Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., p. 101.

²⁶¹¹ En ce sens, v. F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., pp. 61 et 80.

²⁶¹² Sur ces questions, v. not. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., pp. 166-167.

²⁶¹³ Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., p. 233.

1043. S'agissant, en premier lieu, du pouvoir de recommandation, il convient de souligner qu'en Espagne, certaines recommandations adoptées par le Défenseur du Peuple se trouvent à l'origine de bouleversements normatifs profonds dans le domaine des droits des mineurs.

1044. Deux exemples, parmi d'autres, permettent d'illustrer le propos.

1045. Le premier est donné par la recommandation 96/2000 relative à la création d'un fonds de garantie en matière de pensions alimentaires. Constatant que l'absence de versement des pensions alimentaires prononcées par décision de justice occasionne des problèmes récurrents de vulnérabilité et d'insuffisance des moyens de subsistance pour les enfants et les parents qui en ont la garde, le Défenseur du Peuple a proposé en 2000 la mise en place d'un fonds de garantie de pensions qui assurerait ces paiements²⁶¹⁴. Incorporée en tant que disposition additionnelle à la loi organique du 29 décembre 2004, relative à la protection intégrale contre la violence de genre²⁶¹⁵, et à la loi du 8 juillet 2005, portant modification du code civil en matière de séparation et de divorce²⁶¹⁶, cette recommandation a conduit le Congrès des députés à adopter, dans le cadre de l'approbation du projet de loi de finances générales de l'Etat pour 2007, un amendement afin que soit créé un fonds de 10 millions d'euros destiné à garantir ces paiements²⁶¹⁷.

1046. Le second exemple est fourni par la recommandation 35/2001 à travers laquelle le Défenseur du Peuple, profitant d'un retard dans l'adoption du règlement d'application de la loi organique du 11 janvier 2000²⁶¹⁸, prévoyant, entre autres, la nécessité d'établir des mesures de protections des mineurs immigrés en situation d'abandon, a suggéré, avec succès²⁶¹⁹, non seulement l'instauration de règles fixes et déterminées afin de régir la procédure de rapatriement éventuel de ces enfants, mais également, et surtout, la possibilité pour ces derniers d'obtenir un permis de séjour une fois atteint l'âge adulte²⁶²⁰.

1047. Au Portugal, également, certaines recommandations adoptées par le *Provedor de Justiça* se trouvent à l'origine d'avancées décisives dans le domaine de la protection de l'enfance. En atteste un exemple, en date de 1998, rapporté par l'ancien représentant de l'institution José Menéres Pimentel²⁶²¹. En l'espèce, l'institution portugaise se trouvait saisie de plusieurs plaintes faisant état de cas d'exploitation sexuelle de mineures dans la région autonome de Madère et dénonçant l'inertie des autorités régionales compétentes qui, bien

²⁶¹⁴ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 82-84 et 387.

²⁶¹⁵ Loi organique n° 1-2004 du 29 décembre 2004 relative à la protection intégrale contre la violence de genre, *B.O.E.* du 29 décembre 2004, p. 42166.

²⁶¹⁶ Loi n° 15-2005 du 8 juillet 2005 portant modification du code civil en matière de séparation et de divorce, *B.O.E.* du 9 juillet 2005, p. 24458.

²⁶¹⁷ Rapporté par F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, op. cit., pp. 61-62.

²⁶¹⁸ Loi organique n° 4-2000 du 11 janvier 2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, op. cit.

²⁶¹⁹ Ces recommandations ont effectivement été accueillies favorablement par l'administration à l'occasion de l'adoption du règlement d'application (*Ibid.*, p. 62).

²⁶²⁰ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los diputados, Madrid, 2002, pp. 61 et 576.

²⁶²¹ J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 47-49.

qu'alertées au sujet de l'existence d'un réseau de pédophilie dans cette région, n'auraient pris aucune mesure pour empêcher cette activité. L'instruction confirmant la véracité des faits allégués, le *Provedor de Justiça* a, notamment, dénoncé une lacune du système pénal portugais résidant dans la limitation aux seuls représentants légaux de la possibilité d'engager des poursuites pénales pour abus sexuels sur mineurs. Le fait que les abus sexuels sur mineurs ne soient pas une cause de déclenchement de l'action publique préjudiciant, en effet, à la sauvegarde des droits et intérêts des enfants dans la mesure où les familles de victimes, par honte ou en raison de pressions des coupables, s'abstiennent généralement de porter plainte ou se désistent. Salutaire, cette critique a été entendue par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi du 2 septembre 1998 portant modification de différentes dispositions du code pénal, parmi lesquelles l'article 178-2 qui prévoit, désormais, que lorsque un crime est commis sur un mineur de moins de 16 ans, le ministère public peut initier la procédure si l'intérêt de la victime l'impose²⁶²². Par ailleurs, le *Provedor de Justiça*, observant, d'une part, l'appartenance de certaines des mineures victimes d'abus sexuels à des familles pratiquant la mendicité et la prostitution et, d'autre part, le déficit, au sein de la région autonome de Madère, de structures destinées à l'accueil des enfants abandonnés, victimes de mauvais traitements ou en situation de prédélinquance, et ce malgré l'adoption d'une recommandation en ce sens en 1994²⁶²³, a obtenu du ministre de la justice l'adoption des mesures nécessaires pour la création d'un collège d'accueil, d'éducation et de formation des mineurs en danger.

1048. Concernant, en second lieu, les études monographiques élaborées par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* dans le domaine des droits et libertés des enfants, celles-ci intéressent, en dehors des problématiques précédemment évoquées que sont le droit à l'éducation et les droits fondamentaux des étrangers, des questions particulièrement diverses et variées.

1049. Ainsi, en Espagne, le Défenseur du Peuple s'est, tout d'abord, intéressé aux problèmes posés par le traitement des conduites délictuelles des mineurs. Un premier rapport en ce sens, publié en 1991 sur le thème de la situation des mineurs dans les centres d'assistance et d'internement, formule une série de recommandations en faveur d'une meilleure réglementation de ces centres et d'un traitement adéquat de la question constitutionnelle de la responsabilité pénale des mineurs²⁶²⁴. Un second rapport, adopté en 2002²⁶²⁵, se propose de tirer les enseignements de la première année de fonctionnement de la loi du 12 janvier 2000 régulant la responsabilité pénale des mineurs²⁶²⁶. Dressant un bilan globalement positif de cette nouvelle législation, ce rapport préconise, toutefois, certains ajustements en vue de permettre une amélioration des politiques juridiques de réinsertion et de réadaptation des

²⁶²² Loi n° 65-98 du 2 septembre 1998 portant modification du code pénal, *D.R.* série I du 2 septembre 1998, p. 4572.

²⁶²³ Recommandation n° 78/94 du 13 avril 1994, in *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1994*, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 1996, pp. 141 et ss.

²⁶²⁴ Defensor del Pueblo, *Menores : estudios sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora*, op. cit.

²⁶²⁵ Defensor del Pueblo, *El primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, op. cit.

²⁶²⁶ Loi organique n° 5-2000 du 12 janvier 2000 régulant la responsabilité pénale des mineurs, *B.O.E.* du 13 janvier 2000, p. 1422.

mineurs criminels. Proposition réceptionnée par le législateur à l'occasion de l'adoption de la loi organique du 4 décembre 2006²⁶²⁷ portant modification de la loi organique du 12 janvier 2000²⁶²⁸.

1050. Par la suite, les rapports monographiques du Défenseur espagnol se sont orientés vers la problématique de la violence entre mineurs²⁶²⁹. Soutenu par l'UNICEF dans cette démarche, le Défenseur a rédigé deux rapports, respectivement publiés en 2000 et 2007²⁶³⁰, se proposant, sur la base de différents cas précis, d'identifier les causes de la violence scolaire et de sensibiliser les structures éducatives à la dangerosité d'un tel phénomène et à la nécessité de définir des politiques en mesure d'y mettre un terme. Le second rapport fait, par ailleurs, mention d'une évolution dans un sens positif de cette problématique, les violences entre écoliers en 2007 étant sensiblement moins importantes qu'en 2000.

1051. Finalement, ce sont les effets de la télévision et d'internet sur les mineurs qui ont retenu la vigilance de l'institution²⁶³¹. Son étude sur la question, publiée en 2010, s'inscrit en réaction au nombre élevé de plaintes dénonçant la violation du principe constitutionnel selon lequel la liberté d'expression et de communication trouve ses limites dans la protection de la jeunesse et de l'enfance²⁶³². Donnant la parole aux principaux intéressés, cette étude, basée sur une enquête à laquelle ont répondu 3219 élèves âgés de 12 à 18 ans, entreprend, ainsi, de mettre en avant les dangers que peuvent présenter, pour les droits et libertés des enfants et des adolescents, des instruments de télécommunication occupant une grande partie de leur temps libre.

1052. Actuellement au nombre de deux, les études monographiques consacrées aux droits fondamentaux des enfants par le *Provedor de Justiça* portent sur le thème des établissements d'accueil pour mineurs. Respectivement élaborées en 2008²⁶³³ et 2010²⁶³⁴, à la suite de visites d'inspections réalisées dans différents établissements des régions autonomes des Açores et de Madère, ces études consistent essentiellement dans une évaluation des conditions d'accueil offertes par ces établissements, avec une attention spéciale portée au respect des droits fondamentaux des mineurs qui s'y trouvent hébergés.

²⁶²⁷ Loi organique n° 8-2006 du 4 décembre 2006 modifiant la loi organique n° 5-2000, du 12 janvier, régulant la responsabilité pénale des mineurs, *B.O.E.* du 5 décembre 2006, p. 42700.

²⁶²⁸ En ce sens, v. F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 62.

²⁶²⁹ Entre temps, toutefois, le Défenseur du Peuple, confronté à un taux relativement élevé d'accidents impliquant des mineurs dans les zones de récréation infantile et les parcs de jeux, a réalisé un rapport sur les accidents infantiles dans les lieux de récréation afin que les pouvoirs publics mettent en place une politique de nature à pallier ce problème (*Seguridad y prevención de accidentes en áreas infantiles, op. cit.*).

²⁶³⁰ Defensor del Pueblo, *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria, op. cit.* ; *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006, op. cit.*

²⁶³¹ *Programación y contenidos de la televisión e internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos, op. cit.*

²⁶³² En ce sens, v. l'article 20-4 de la Constitution espagnole.

²⁶³³ Provedor de Justiça, *Crianças e Jovens acolhidos nos Lares e Casas de Acolhimento Temporário (CAT) da Região Autónoma dos Açores, op. cit.*

²⁶³⁴ Provedor de Justiça, *Os Direitos de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens na Região Autónoma da Madeira: Perspectivação do Acolhimento Institucional, op. cit.*

c. Les droits fondamentaux des personnes handicapées

1053. Suscitant une importante pression du milieu associatif²⁶³⁵, les droits fondamentaux des personnes handicapées se trouvent à l'origine de nombreuses interventions des *ombudsmen* ibériques. Conformément aux articles 49 de la Constitution espagnole et 71-2 de la Constitution portugaise²⁶³⁶, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* s'efforcent, en effet, de faciliter, autant que faire se peut, l'intégration des individus souffrant d'un handicap, aussi bien physique que mental, en leur permettant, notamment, de jouir pleinement des droits et libertés que le texte constitutionnel garanti.

1054. A ce titre, il importe, tout d'abord, de mentionner la préoccupation constante des deux institutions à l'endroit des difficultés de déplacements rencontrées par les personnes à mobilité réduite.

1055. Au Portugal, cette problématique a, par exemple, justifié l'adoption, en 2001, d'une recommandation, adressée par le *Provedor de Justiça* au ministre des finances, en vue d'élargir le champ d'application du système de prêts bancaires bonifiés aux citoyens handicapés afin que ces derniers puissent, non seulement acquérir ou construire un logement privé, mais également, et pour ce qui nous intéresse ici, couvrir les dépenses liées à la réalisation des travaux nécessaires à l'adaptation de leur domicile aux contraintes de leur handicap²⁶³⁷. Recommandation finalement concrétisée en 2006 à l'occasion de l'adoption du premier plan d'action en faveur de l'intégration des personnes souffrant d'un handicap²⁶³⁸.

1056. En Espagne, également, les difficultés de mobilité rencontrées par de nombreux citoyens handicapés en raison de la multiplication des barrières architecturales ont conduit le Défenseur du Peuple à exiger des pouvoirs publics l'adoption de mesures effectives et soutenues dans ce domaine²⁶³⁹. A l'origine d'une recommandation adoptée en 2000, cette problématique a fait l'objet d'une grande réactivité de la part des communes concernées qui, pour la plupart, ont édicté les mesures nécessaires à la suppression de telles barrières²⁶⁴⁰.

²⁶³⁵ Propos recueilli auprès du responsable de la section de l'aménagement du territoire du Défenseur du Peuple l'occasion d'un stage réalisé au sein de l'institution espagnole, du 15 au 30 avril 2010.

²⁶³⁶ L'article 49 de la Constitution espagnole dispose que « *les pouvoirs publics réalisent une politique de prévention, de traitement, de réhabilitation et d'intégration en faveur des handicapés physiques, sensoriels et mentaux auxquels ils prêtent l'attention particulière qu'ils requièrent. Ils les protègent spécialement pour qu'ils puissent disposer des droits que le présent titre octroie à tous les citoyens* ». L'article 71-2 de la Constitution portugaise, pour sa part, prévoit que « *l'État s'engage à réaliser une campagne nationale de prévention et de traitement, de réinsertion et d'intégration des citoyens porteurs d'un handicap, et d'aide à leur famille, à diffuser une pédagogie qui fasse prendre conscience à la société qu'il est de son devoir de les respecter et de faire preuve de solidarité envers eux, et se charge de les faire effectivement bénéficier de leurs droits, sans préjudice des droits et des devoirs des parents ou des tuteurs* ».

²⁶³⁷ Recommandation n° I/B/2001 du 6 juillet 2001, in *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República 2001*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2002, pp. 202-206.

²⁶³⁸ En ce sens, v. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, op. cit., p. 162.

²⁶³⁹ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 329-331.

²⁶⁴⁰ F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 64.

1057. Dans un registre différent, le Défenseur espagnol s'est également positionné en faveur de l'octroi aux personnes handicapées d'allégements ou d'exonérations fiscales. Un exemple, en ce sens, est donné par la recommandation 83/2001 suggérant que les personnes souffrant d'un handicap sévère, et qui dépendent d'un tiers pour se déplacer en voiture, bénéficient de l'exonération de l'impôt sur les véhicules à moteur prévue, pour certains moyens de transports, par la loi de finances locales du 28 décembre 1988²⁶⁴¹. Accueillie favorablement, cette recommandation a donné lieu, à l'occasion de l'adoption de la loi du 27 décembre 2002²⁶⁴², à la modification de la loi de régulation des finances locales. Une telle recherche d'adaptation du système d'imposition des handicapés s'apprécie, par ailleurs, à l'aune du rapport monographique adopté par le Défenseur en 2000²⁶⁴³. Prenant la forme d'une étude approfondie du régime fiscal espagnol de droit commun et du système d'imposition des personnes handicapées en vigueur dans divers pays européens, ce rapport, dans le souci de garantir aux personnes souffrant d'un handicap des conditions économiques nécessaires à leur développement personnel et familial, préconise aux pouvoirs publics de réformer certains points de leur régime d'imposition de manière à éviter une réduction trop conséquente de leurs revenus.

1058. Enfin, et pour conclure sur ce point, il importe de mentionner la participation active des *ombudsmen* ibériques à la consolidation des droits et libertés des personnes souffrant d'un handicap mental. Le rapport du Défenseur du Peuple relatif à la situation juridique et à l'assistance des handicapés mentaux en est une illustration éclatante²⁶⁴⁴. Portant sur le fonctionnement des hôpitaux psychiatriques et des services d'assistance psychiatrique des hôpitaux généraux, ce rapport, adopté en 1991, révèle d'importants problèmes dans la définition des conditions d'internement des malades mentaux, et ce aussi bien sur le plan du droit civil que du droit pénal²⁶⁴⁵. Aussi les nombreuses recommandations adoptées par le Défenseur espagnol en conclusion de cette étude préconisent-elles, dans un souci de garantie et d'effectivité des droits et libertés de la personne humaine, un encadrement juridique plus rigoureux des conditions d'internement des personnes souffrant d'un handicap mental.

d. Les droits fondamentaux des détenus

1059. Parce que les établissements pénitentiaires se présentent comme des lieux privatifs de liberté se distinguant en raison d'une importante discipline et d'un certain déficit de transparence, le risque de méconnaissance des droits fondamentaux des détenus, lesquels ne

²⁶⁴¹ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 574-575.

²⁶⁴² Loi n° 51-2002 du 27 décembre 2002 réformant la loi n° 39-1988 du 28 décembre 1988 portant régulation des finances locales, *B.O.E.* du 28 décembre 2002, p. 45726.

²⁶⁴³ Defensor del Pueblo, *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, op. cit.

²⁶⁴⁴ Defensor del Pueblo, *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991.

²⁶⁴⁵ Sont notamment pointées du doigt des hypothèses d'internements involontaires potentiellement attentatoires au droit à la liberté et à la sûreté, prévu par l'article 17 de la Constitution espagnole (rapporté par F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España*, op. cit., p. 63. Dans un sens similaire, v. également M. Aznar López, « El Defensor del Pueblo y la protección del derecho a la seguridad social », op. cit., p. 27.).

sauraient être totalement annihilés²⁶⁴⁶, se révèle sensiblement plus élevé que dans la société civile. En atteste les nombreuses hypothèses de mauvais traitements en milieu carcéral, certes dans un contexte post-dictatorial assez spécifique, portées à la connaissance des *ombudsmen* ibériques à l'occasion de leurs premières années d'activité²⁶⁴⁷. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que, aujourd'hui encore, le respect des droits fondamentaux des détenus constitue une préoccupation constante du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Porteuse d'améliorations évidentes des conditions de vie dans les établissements pénitentiaires espagnols et portugais, cette attention portée aux droits et libertés des personnes en détention s'exprime essentiellement au travers des très nombreuses visites d'inspections réalisées par les deux institutions et des rapports monographiques élaborés sur la base de ces visites.

1060. Animant l'activité des deux institutions dès leurs premières années de fonctionnement²⁶⁴⁸, la réalisation de visites d'inspection au sein d'établissements pénitentiaires se présente, à n'en pas douter, comme le principal moyen donné au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* afin de détecter les atteintes portées aux droits et libertés des détenus ou les éventuelles menaces pesant sur ces derniers. Aussi de très nombreux établissements sont-ils visités chaque année par les deux institutions. En Espagne, par exemple, ce ne sont pas moins de 22 prisons qui ont fait l'objet d'une visite d'inspection de la part du Défenseur du Peuple en 2010²⁶⁴⁹. Le plus remarquable demeure toutefois l'habitude prise par le *Provedor de Justiça* de réaliser, à échéances régulières et sur une période déterminée, des visites d'inspection de l'ensemble du système carcéral national. Avec pour objectif la collecte d'informations, de documents et de témoignages au sujet du fonctionnement interne des établissements pénitentiaires et du traitement des détenus²⁶⁵⁰, de telles visites ont, par exemple, été réalisées en 1996, 1998 et 2002. La dernière en date, réalisée en 2007, a conduit l'institution à visiter 18 établissements centraux ou spéciaux, soit 96 % de la population incarcérée dans de telles structures, et 8 établissements régionaux, soit 35% de la population carcérale régionale. Les établissements ainsi visités couvrant 82% du total de la population incarcérée au Portugal²⁶⁵¹.

1061. Principal moyen s'offrant au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* pour récolter des informations au sujet des conditions de détention sur la péninsule ibérique, ces très nombreuses visites d'inspections se présentent comme un support privilégié par les deux

²⁶⁴⁶ Sous la seule réserve des restrictions commandées par la privation de liberté ordonnée par le juge, l'intégralité des droits et libertés constitutionnellement garantis trouvent, en réalité, à s'appliquer en détention.

²⁶⁴⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 986-989.

²⁶⁴⁸ Au Portugal, par exemple, le *Provedor de Justiça* réalisait une visite d'inspection dans la colonie pénale de Pinheiro da Cruz le 19 août 1976 et une seconde dans le centre pénitentiaire de Coimbra les 13 et 14 avril 1977 (en ce sens, v. F. Alves Correia, « Do ombudsman ao Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 92).

²⁶⁴⁹ Defensor del Pueblo, *Resumen del Informe a las Cortes Generales año 2010*, *op. cit.*, p. 31. Sachant que les années précédentes, l'institution s'était déjà rendue dans 11 établissements pénitentiaires en 2007, 12 en 2008 et 18 en 2009 (sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer aux rapports annuels d'activité correspondant de l'institution).

²⁶⁵⁰ Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, *op. cit.*, p. 434.

²⁶⁵¹ *Ibid.*

institutions pour élaborer leurs rapports monographiques intéressant la thématique des établissements pénitentiaires. Actuellement au nombre de trois en Espagne et au Portugal, ces rapports sont non seulement l'occasion de rendre compte, aussi objectivement que possible, des problèmes endémiques rencontrés dans le milieu carcéral, mais également de suggérer aux pouvoirs publics des solutions en vue d'y remédier²⁶⁵².

1062. Ainsi, en Espagne, les trois études adoptées²⁶⁵³, à ce jour, par le Défenseur du Peuple, attentives non seulement aux conditions de vie à l'intérieur des centres de détention, mais également aux répercussions de la législation pénale sur la situation carcérale²⁶⁵⁴, font état, malgré un effort évident de la part des pouvoirs publics en matière de création de nouveaux centres pénitentiaires, d'un phénomène persistant de surpopulation carcérale²⁶⁵⁵. A l'origine de problèmes récurrents d'alimentation, d'hygiène et de soins sanitaires, cette surpopulation se trouve intimement liée à l'insuffisance de moyens attribués à l'administration pénitentiaire pour faire face à une population carcérale de plus en plus hétérogène et toujours plus nombreuse²⁶⁵⁶. Par ailleurs, ces rapports identifient également l'existence de difficultés évidentes rencontrées par les établissements pénitentiaires en vue de garantir l'effectivité du principe, prévu par l'article 25-2 de la Constitution espagnole²⁶⁵⁷, de rééducation et de réinsertion sociale de la population carcérale²⁶⁵⁸. A cet effet, le Défenseur du Peuple a notamment recommandé aux ministres de la justice, du travail et de la sécurité sociale d'étendre à l'ensemble des centres pénitentiaires des programmes de formation professionnelle²⁶⁵⁹.

1063. Au Portugal, le dernier rapport du *Provedor de Justiça* sur le système pénitentiaire, adopté en 2003, bien qu'il fasse mention de progrès notables au regard des lacunes relevées dans les deux précédents rapports publiés en 1996 et 1998²⁶⁶⁰, souligne que demeurent préoccupants les problèmes de surpopulation carcérale, l'efficacité relative, bien souvent en raison d'un manque de moyens, des programmes de réinsertion sociale, et l'existence de carences dans la fourniture des soins de santé²⁶⁶¹. Aussi ce rapport recommande-t-il, entre autres, la création d'établissements pénitentiaires supplémentaires, notamment des

²⁶⁵² En ce sens, v. par ex. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., p. 153.

²⁶⁵³ Pour rappel, il s'agit des rapports suivants : *Situación penitenciaria en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1987 ; *Situación penitenciaria en Cataluña*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1990 ; *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1997.

²⁶⁵⁴ Sur ce point, v. F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 82.

²⁶⁵⁵ C'est notamment le constat dressé par le rapport adopté par le Défenseur du Peuple en 1997 (*Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, op. cit., pp. 80 et ss.).

²⁶⁵⁶ *Ibid.*

²⁶⁵⁷ En vertu de cette disposition, « les peines privatives de liberté et les mesures de sécurité sont orientées vers la rééducation et la réinsertion sociale et ne peuvent consister en travaux forcés [...] ».

²⁶⁵⁸ Rapporté par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, op. cit., p. 82.

²⁶⁵⁹ Recommandation n° 21/1988 du 10 novembre 1988 sur les programmes de formation professionnelle dans les centres pénitentiaires, *B.O.C.G.*, Congreso, Série E, n° 182, p. 2914.

²⁶⁶⁰ Provedor de Justiça, *Relatório sobre o Sistema Prisional*, op. cit., pp. 21 et ss.

²⁶⁶¹ Rapporté par C. Sampaio Ventura, op. cit., pp. 153-154.

établissements pour femme²⁶⁶², une plus grande attention de la part de l'administration pénitentiaire aux règles sanitaires et d'hygiène²⁶⁶³, ainsi que l'élaboration d'une politique centralisée de développement du travail au sein du système pénitentiaire national²⁶⁶⁴.

1064. Par ailleurs, et enfin, il convient de toucher quelques mots des recommandations adoptées à la suite de réclamations individuelles adressées aux deux institutions ibériques. Car, si l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* dans le domaine de la protection des droits fondamentaux des détenus repose dans une importante mesure sur leur faculté d'action d'office, les deux institutions reçoivent également un nombre relativement conséquent de plaintes en provenance de détenus. Les rapports d'activité du *Provedor de Justiça* offrent plusieurs exemples en ce sens, à commencer par la plainte reçue en 1993 au sujet de personnes mises en examen présentées devant le tribunal les poignets attachés avec des cordes et les chaussures lacets les unes avec les autres, les obligeant ainsi à se déplacer en sautillant. Profondément attentatoire à la dignité humaine, cette pratique, fermement condamnée par le *Provedor de Justiça*, fit l'objet d'une recommandation, adressée le 17 décembre 1993 au commandant général de la Garde nationale républicaine, afin que, d'une part, soit identifiés les éventuels responsables et, d'autre part, que soit respecté, à l'avenir, le droit des détenus à être traités dignement²⁶⁶⁵. Dans un tout autre registre, l'institution portugaise s'est trouvée saisie, en 2005, d'une plainte d'un détenu de nationalité ukrainienne, incarcéré dans l'établissement pénitentiaire de *Vale de Judeus*, s'étant vu refuser l'entrée dans sa cellule de disques gravés contenant de la musique traditionnelle de son pays d'origine et des photographies de sa famille. Selon les responsables de l'établissement pénitentiaire, laisser entrer des disques gravés les conduisait à se rendre complices d'un éventuel délit de contrefaçon. Par ailleurs, permettre l'entrée de disques contenant des images pouvait également engager la responsabilité de l'établissement pour violation des droits de la personnalité dans la mesure où rien ne permettait de s'assurer du consentement des personnes photographiées. Peu convaincu par de tels arguments, le *Provedor de Justiça* considéra, au contraire, que la reproduction d'œuvres artistiques en vue d'un usage privé ne saurait constituer une violation des droits d'auteur et, au surplus, que le contexte familial des photographies laissait présumer à leur licéité. Aussi suggéra-t-il à l'établissement pénitentiaire de revenir sur sa décision. Suggestion acceptée par ce dernier²⁶⁶⁶.

1065. Bien qu'œuvrant dans des systèmes juridiques différents, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se distinguent, en définitive, en raison d'un intérêt commun pour la protection des droits-sociaux créances et des publics dits fragiles. Quoi de plus logique toutefois ! Répondant à un besoin contemporain de consolidation du système institutionnel de garantie, les *ombudsmen* ibériques ont naturellement orienté leur action vers la défense des catégories de droits ne trouvant pas toujours à bénéficier de la protection proposée par les

²⁶⁶² Provedor de Justiça, *Relatório sobre o Sistema Prisional*, op. cit., pp. 96-98.

²⁶⁶³ *Ibid.*, pp. 126-132.

²⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 321.

²⁶⁶⁵ J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 55 ; Provedor de Justiça, *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, op. cit., p. 441.

²⁶⁶⁶ Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 2005*, op. cit., p. 1007.

traditionnelles voies de recours. Et, à l'évidence, l'activité du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais dans le domaine des droits-sociaux créances et des publics dits fragiles, pour ainsi dire inhérente à la raison d'être de ces deux institutions, se trouve à l'origine d'avancées indiscutables. Confirmant la faculté de l'*human rights ombudsman* à combler les insuffisances des mécanismes classiques de garantie et, par conséquent, le rôle incontournable de la protection non juridictionnelle dans un Etat de droit, cette préoccupation commune pour les droits fondamentaux ne trouvant pas nécessairement à bénéficier de la protection offerte par les traditionnelles voies de recours ne saurait pour autant rendre compte à elle seule de l'apport des *ombudsmen* ibériques aux droits de la personne humaine. Au contraire, leur action participe également, et c'est heureux, à un renforcement des autres catégories de droits et libertés.

B. Une action prenant tout de même en considération les autres catégories de droits fondamentaux

1066. Confirmant l'idée selon laquelle l'ombudsman spécialisé se présente comme le défenseur de l'ensemble des droits fondamentaux, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, loin de limiter leur activité à la seule protection des droits-sociaux créances et des publics dits fragiles, se veulent également attentifs aux autres catégories de droits et libertés, en tête desquels les droits-libertés classiques. Le fait que cette catégorie de droits retienne, de façon somme toute logique compte tenu de son caractère principalement défensif, l'essentiel de l'activité semi-contentieuse des deux institutions en est une illustration éclatante²⁶⁶⁷. Certes, l'action des *ombudsmen* ibériques en cette matière ne saurait égaler, sur un plan quantitatif à tout le moins, leur activité dans le domaine des droits-sociaux créances et des publics dits fragiles. Mais elle n'en demeure pas moins porteuse d'avancées évidentes qui méritent de retenir l'attention. Evidemment, il ne saurait, une fois de plus, s'agir de rendre compte de l'activité des deux institutions de façon exhaustive. De plusieurs ordres, les motifs des plaintes adressées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* en cette matière se trouvent à l'origine d'une activité on ne peut plus disparate. En revanche, il est tout à fait envisageable d'illustrer l'activité des *ombudsmen* ibériques dans le domaine des droits-libertés sur la base de quatre matières significatives : les libertés physiques (1), les libertés de l'esprit (2), les libertés collectives (3) et les droits des contribuables et des consommateurs (4).

1. Les libertés physiques

1067. Désignant les libertés fondamentales s'attachant à la sauvegarde de la personne²⁶⁶⁸, la notion de « libertés physiques » renvoie à un nombre relativement vaste de permissions juridiques d'agir que sont, notamment, la sûreté personnelle, le droit à la vie, le respect de la vie privée ou, encore, la liberté d'aller et venir. Disparate, cette catégorie de droits-libertés se

²⁶⁶⁷ Sur ce point, v. M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição, op. cit.*, p. 74.

²⁶⁶⁸ En ce sens, v. J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 8^{ème} éd., 2009, p. 217.

trouve à l'origine d'un nombre non négligeables d'interventions de la part du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*.

1068. C'est par exemple le cas en matière de droit à la vie, spécialement pour ce qui est du respect de l'intégrité physique.

1069. Au Portugal, le respect de l'intégrité physique a, ainsi, servi de fondement au *Provedor de Justiça* pour condamner le fait qu'en temps de paix de jeunes militaires décèdent ou souffrent de graves lésions à la suite d'exercices de routine. En l'espèce, il s'agissait de cinq recrues d'un régiment de commandos hospitalisées au terme d'un exercice de marche forcée, dont l'une d'entre elles, dans le coma lors de son admission, décéda quelques temps plus tard. Conséquence directe d'une insolation liée à l'intensité de l'effort produit durant plusieurs jours sous la canicule, ce décès a conduit le *Provedor de Justiça* à recommander, en 1994, au ministre de la défense nationale de repenser le système de sélection et la formation des jeunes militaires en vue d'éviter la survenance de situations similaires à l'avenir²⁶⁶⁹. Acceptées dans une large mesure, ces recommandations ont donné lieu à la modification de plusieurs points du programme militaire relatif aux commandos²⁶⁷⁰. Le respect de l'intégrité physique a, par ailleurs, justifié diverses interventions de l'institution portugaise sur le terrain des installations dangereuses. Un exemple en ce sens est donné par le rapport annuel d'activité de l'institution pour l'année 1995 au sujet des parcs aquatiques. Observant, à la suite d'un accident mortel intervenu dans un parc aquatique de Lisbonne, les dangers pour la vie et la sécurité des usagers liés à l'absence de mesures de régulation des normes de sécurité applicables à de telles structures, le *Provedor de Justiça* recommanda au Premier ministre et au Président de l'Assemblée de la République que soient adoptées des dispositions de nature à remédier à ce vide juridique²⁶⁷¹. Rencontrant une certaine résistance de la part du gouvernement²⁶⁷², ces recommandations furent finalement réceptionnées à l'occasion de l'adoption du décret du 31 mars 1997²⁶⁷³.

1070. Prévu par l'article 15 de la Constitution espagnole, le principe d'intégrité physique a conduit le Défenseur du Peuple, à l'instar de son voisin portugais, à intervenir dans le domaine militaire. Les rapports annuels d'activité adoptés entre 1988 et 1990, notamment, rapportent l'existence de plusieurs plaintes adressées à l'institution par des soldats victimes de mauvais traitements à l'occasion de l'accomplissement de leur service militaire. Fermement condamnées par l'institution espagnole, ces hypothèses de mauvais traitements ont pour la plupart donné lieu à l'intervention de la justice militaire et au prononcé de sanctions

²⁶⁶⁹ Recommandation n° 56/94, in *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1994*, op. cit., pp. 133 et ss.

²⁶⁷⁰ Rapporté par J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 36-37.

²⁶⁷¹ Recommandation n° 7/B/95 et recommandation n° 8/B/95, in *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1995*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1995, pp. 69 et ss.

²⁶⁷² En ce sens, v. J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 33-36.

²⁶⁷³ Décret n° 5-97 du 31 mars 1997 approuvant le règlement des conditions techniques et de sécurité au sein des parcs aquatiques, *D.R.* série I du 31 mars 1997, p. 1386.

disciplinaires²⁶⁷⁴. Toujours en Espagne, se doit d'être mentionnée la préoccupation du Défenseur du Peuple à l'égard de la problématique de la violence domestique contre les femmes. A l'origine d'un rapport monographique publié en 1998²⁶⁷⁵, cette problématique a justifié l'adoption d'une série de recommandations, accueillies favorablement par le ministre de la justice, consistant, entre autres, dans l'implantation de services d'accueil des femmes, présents dans les commissariats de police des grandes villes, à l'échelle rurale, dans la mise en place d'une collaboration entre le ministre du travail et des affaires sociales et le ministre de la justice afin d'offrir aux femmes victimes de mauvais de traitements une meilleure information quant aux recours sociaux et juridiques s'offrant à elles, ainsi que dans la généralisation à l'ensemble des commissariats et des casernes de la *Guardia civil* des cours de formation aux délits d'agressions sexuelles et de mauvais traitements dans le cadre des relations familiales²⁶⁷⁶.

1071. L'attention portée par les *ombudsmen* ibériques à la liberté physique s'observe également sur le terrain de la liberté d'aller et venir. En atteste, au Portugal, le recours en inconstitutionnalité introduit en 1979 par le *Provedor de Justiça* contre le décret-loi du 23 novembre 1946, établissant un régime d'autorisation préalable au déplacement des militaires de carrière en inactivité, au motif de sa contrariété avec l'article 44 de la Constitution portugaise consacrant le droit, pour tout citoyen, de se déplacer et de s'établir librement en tout point du territoire national, ainsi que le droit d'émigrer et de quitter le territoire national²⁶⁷⁷. Si le Conseil de la révolution n'a pas déclaré le décret-loi inconstitutionnel, il a, en revanche, approuvé la nouvelle législation²⁶⁷⁸ remodelant le régime de sortie des militaires dans un sens davantage conforme à la liberté constitutionnelle de circulation²⁶⁷⁹.

1072. Parfois, les *ombudsmen* ibériques connaissent de violations plus indirectes de la liberté d'aller et venir. Le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2008 offre un exemple en ce sens. En l'espèce, le Défenseur se trouvait saisi de plusieurs plaintes dénonçant l'atteinte causée à la liberté de circulation en raison de retards excessifs de la part de l'administration pour satisfaire aux demandes de renouvellement de la carte nationale d'identité. Sources de désagréments pour les citoyens désirant partir en voyage, de tels retards ont amené le Défenseur espagnol à suggérer l'augmentation du personnel en charge du service de la délivrance des cartes nationales d'identité et des passeports de manière à garantir la qualité de la prestation proposée²⁶⁸⁰.

²⁶⁷⁴ rapporté par F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España, op. cit.*, p. 60.

²⁶⁷⁵ Defensor del Pueblo, *La violencia doméstica contra las mujeres, op. cit.*

²⁶⁷⁶ Recommandation n° 69/1998 du 28 septembre 1998 sur la violence domestique contre les femmes, *Recomendaciones y sugerencias 1998*, Madrid, 2002, pp. 297 et ss.

²⁶⁷⁷ *Relatório do Provedor de Justiça – 1979*, Secretaria de Estado da comunicação nacional, Direcção-geral da divulgação, pp. 59-65.

²⁶⁷⁸ Décret-loi n° 301-82 du 30 juillet 1982 régulant les départs des militaires pour l'étranger, *D.R.* série I du 30 juillet 1982, p. 2258.

²⁶⁷⁹ En ce sens, v. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1982*, Serviço do Provedor de Justiça, p. 72.

²⁶⁸⁰ Rapporté par G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 245-246.

1073. Finalement, la protection de la liberté physique a justifié de nombreuses interventions du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* dans le domaine du droit à l'intimité et au respect de la vie privée. On en veut pour preuve le recours en inconstitutionnalité introduit, le 14 mars 2000, par le Défenseur espagnol à l'encontre de certaines dispositions de la loi organique du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel²⁶⁸¹. Selon le Défenseur²⁶⁸², les modalités de transmissions des données entre services administratifs prévues par le législateur étaient de nature à porter atteinte à l'article 18-4 de la Constitution aux termes duquel « *la loi limite l'usage de l'informatique pour préserver l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits* ». Accueilli favorablement par le Tribunal constitutionnel, ce recours a donné lieu au prononcé d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans une décision en date du 30 novembre 2000²⁶⁸³.

1074. Au Portugal, le droit à l'intimité et au respect de la vie privée se trouve à l'origine de nombreuses recommandations, généralement acceptées par les pouvoirs publics, telles que la reconnaissance de la protection du domicile contre les actes de police administrative, et non pas seulement contre les actes de police judiciaire²⁶⁸⁴, la nécessité de garantir aux personnes se soumettant au test de détection du VIH des conditions de nature à préserver le secret médical²⁶⁸⁵ ou, encore, le respect du droit à l'intimité et à la vie privée des destinataires de courrier communiquant des données personnelles²⁶⁸⁶.

2. Les libertés de l'esprit

1075. Désignant les libertés dont jouissent les individus dans l'exercice de leurs activités intellectuelles, les libertés de l'esprit, à l'instar des libertés physiques, trouvent indiscutablement à bénéficier de la protection offerte par les *ombudsmen* ibériques. Salutaire, une telle contribution du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* au renforcement de cette catégorie de libertés s'exprime, non seulement à l'égard de la liberté de conscience et d'opinion, mais également de la liberté d'expression et de communication.

1076. Dans le domaine de la liberté de conscience et d'opinion, en premier lieu, il convient de mentionner l'attention portée par le Défenseur du Peuple à l'exercice du droit à l'objection de conscience lors de ces dix premières années d'activité. Prévue par l'article 30-2 de la Constitution espagnole, cette liberté fondamentale a effectivement justifié de nombreuses interventions du Défenseur, dont l'introduction, le 28 mars 1985, d'un recours en inconstitutionnalité contre la loi organique du 26 décembre 1984, régulant le régime des

²⁶⁸¹ Loi organique n° 15-1999 du 13 décembre 1999 de protection des données à caractère personnel, *B.O.E.* du 14 décembre 1999, p. 43099.

²⁶⁸² Defensor del Pueblo, *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales, op. cit.*, pp. 515 et ss.

²⁶⁸³ STC 292/2000 du 30 novembre 2000, *B.O.E.* du 4 janvier 2000.

²⁶⁸⁴ Recommandation n° 91/A/95 du 6 septembre 1995 et recommandation n° 39/A/98 du 28 mai 1998, inédites.

²⁶⁸⁵ Recommandation n° 78/A/97 du 10 décembre 1997, inédite.

²⁶⁸⁶ En ce sens, v. J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem, op. cit.*, p. 113.

recours et le régime pénal en matière d'objection de conscience et de service alternatif²⁶⁸⁷, et la loi du 26 décembre 1984, régulant l'objection de conscience et le service alternatif²⁶⁸⁸. En l'espèce, le Défenseur du Peuple contestait la constitutionnalité des dispositions selon lesquelles il ne suffit pas de se déclarer objecteur de conscience pour être reconnu comme tel et autorisant, à ce titre, le Conseil national de l'objection de conscience à demander la délivrance de documents supplémentaires de nature à justifier la reconnaissance d'un tel statut. Par ailleurs, se trouvait également contestée l'instauration d'un service alternatif d'une durée supérieure à celle du service militaire²⁶⁸⁹. Ce recours, en dépit de trois opinions séparées, a, toutefois, été rejeté par le Tribunal constitutionnel dans sa décision du 27 octobre 1987²⁶⁹⁰.

1077. En revanche, a été accueillie favorablement la recommandation adressée en 1994 au Conseil national de l'objection de conscience afin que ce dernier, lorsqu'il est saisi de demandes d'obtention de la condition d'objecteur de conscience présentant les informations minimales requises par l'article 3 de la loi du 26 décembre 1984, à savoir la situation personnelle et militaire du demandeur et l'exposition détaillée des motifs de sa volonté de jouir du statut d'objecteur de conscience, rende une décision, favorable ou défavorable, et, dans cette seconde hypothèse, indique à l'intéressé les recours s'offrant à lui pour la contester²⁶⁹¹. Réceptionnée par le gouvernement à l'occasion de l'adoption du décret du 24 février 1995, approuvant le règlement de l'objection de conscience et du service alternatif²⁶⁹², cette recommandation s'inscrivait en réaction à l'habitude prise par le Conseil national de ne répondre qu'aux seules demandes présentant, outre les informations précédemment mentionnées, des informations subsidiaires relatives aux compétences et aux préférences quant à l'accomplissement du service alternatif. Or, bien que requises par la loi lors de la détermination des conditions de réalisation dudit service, de telles informations ne présentaient, à l'évidence, aucun intérêt au stade de l'adoption de la décision relative à l'octroi du statut d'objecteur de conscience.

1078. S'agissant, en second lieu, de la liberté d'expression et de communication, mérite d'être souligné le recours en inconstitutionnalité introduit, en 1983, par le *Provedor de Justiça* contre l'arrêté adopté le 21 février 1978 par le conseil municipal de *Vila do Conde*. Confinant l'affichage des programmes politiques à certains espaces spécialement prévus à cet effet, cet arrêté, considéré, par le *Provedor*, comme contraire à l'article 37 de la Constitution portugaise, relatif à la liberté d'expression et d'information, se proposait de soumettre à

²⁶⁸⁷ Loi organique n° 8-1984 du 26 décembre 1984, régulant le régime des recours et le régime pénal en matière d'objection de conscience et du service alternatif, *B.O.E.* du 28 décembre 1984, p. 37365.

²⁶⁸⁸ Loi n° 48-1984 du 26 décembre 1984, régulant l'objection de conscience et du service alternatif, *B.O.E.* du 28 décembre 1984, p. 37366.

²⁶⁸⁹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1985, op. cit.*, pp. 315 et ss.

²⁶⁹⁰ STC 160/1987 du 27 octobre 1987, *B.O.E.* du 12 novembre 1987.

²⁶⁹¹ Recommandation n° 8/1994 du 2 mars 1994 sur la nécessité d'édicter une décision favorable ou défavorable aux demandes d'objection de conscience, in Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias 1994*, Madrid, 1996, pp. 32 et ss.

²⁶⁹² Décret n° 266-1995 du 24 février 1995 approuvant le règlement de l'objection de conscience et du service alternatif, *B.O.E.* du 16 mars 1995, p. 8377.

autorisation administrative préalable tout affichage en dehors de tels espaces²⁶⁹³. A l'origine d'une décision rendue le 10 juillet 1984 par le Tribunal constitutionnel, ce recours a donné lieu à la reconnaissance de l'inconstitutionnalité de l'arrêté municipal²⁶⁹⁴.

1079. Outre l'introduction de recours en inconstitutionnalité, la liberté d'expression et de communication justifie également l'adoption de très nombreuses recommandations de la part de l'institution portugaise. A ce titre, le *Provedor de Justiça* a notamment rappelé le caractère attentatoire à la liberté de la presse du décret imposant à un journal local la publication des notes officieuses adoptées par le gouvernement de la région autonome de Madère²⁶⁹⁵. Ou, encore, que le pouvoir de direction hiérarchique ne saurait comprendre la faculté d'interférer dans l'exercice de la liberté d'investigation scientifique, composante à part entière de la liberté d'expression²⁶⁹⁶.

1080. Intervenant moins régulièrement que son voisin portugais sur ce terrain, le Défenseur du Peuple a tout de même été saisi, en 1988, d'une plainte d'un fonctionnaire dénonçant l'atteinte causée à sa liberté d'expression par l'ouverture à son encontre d'une procédure disciplinaire, diligentée par la Communauté autonome de la Rioja, en raison de la publication d'un article de presse considéré comme constitutif, eu égard à son contenu, d'une faute sanctionnée par l'accord applicable au personnel travaillant dans l'administration publique²⁶⁹⁷. Finalement classée sans suite par la Communauté autonome sur le fondement de la présomption d'innocence, cette procédure n'a pas donné lieu à l'adoption d'une recommandation de la part du Défenseur espagnol.

3. Les libertés de l'expression collective

1081. Recouvrant non seulement les libertés de s'associer et de se réunir, mais également bon nombre de libertés du travailleur, telles que la liberté syndicale et le droit de grève, les libertés collectives font l'objet d'une préoccupation constante de la part du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*.

1082. Les nombreuses interventions de l'institution portugaise dans le domaine du droit de réunion et de la liberté d'association en sont des illustrations éclatantes. En atteste le recours en inconstitutionnalité introduit, en 1999, contre le décret-loi du 7 novembre 1974 soumettant la promotion et la constitution d'associations internationales au Portugal à l'autorisation préalable du gouvernement²⁶⁹⁸. Considéré par le *Provedor de Justiça* comme attentatoire à l'article 46-1 de la Constitution portugaise, aux termes duquel « *les citoyens ont le droit de*

²⁶⁹³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República – 1983*, Serviço do Provedor de Justiça, pp. 32-33.

²⁶⁹⁴ Acórdão 74/84 du 10 juillet 1984, *D.R.* série I du 11 septembre 1984.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, pp. 163-165.

²⁶⁹⁶ Rapporté par J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem, op. cit.*, pp. 159-160.

²⁶⁹⁷ Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales, op. cit.*, p. 65.

²⁶⁹⁸ Décret-loi n° 594-74 du 7 novembre 1974 réglementant la liberté d'association, *D.R.* série I du 7 novembre 1974, p. 1342.

constituer des associations, librement et sans qu'il soit nécessaire de demander une autorisation, dès lors que celles-ci ne se proposent pas d'inciter à la violence et que leurs buts ne sont pas contraires à la loi pénale »²⁶⁹⁹, ce décret-loi a effectivement été déclaré inconstitutionnel à l'occasion d'une décision rendue le 6 octobre 2004²⁷⁰⁰. Toujours dans le domaine du droit de réunion et de la liberté d'association, l'ombudsman portugais a également rappelé, en 1994, que les restrictions portées à ces droits fondamentaux ne sauraient être imposées par voie administrative²⁷⁰¹.

1083. L'apport des *ombudsmen* ibériques aux libertés de l'expression collective se révèle encore plus prononcé dans le domaine des libertés du travailleur. La liberté syndicale, notamment, conduit régulièrement le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* à faire usage de leurs prérogatives semi-contentieuses.

1084. En témoigne, en Espagne, les trois recours en inconstitutionnalité, respectivement introduits en 1983, 1984 et 1985 par le Défenseur du Peuple, contre diverses dispositions législatives accordant aux seules centrales syndicales majoritaires des subventions en vue de la réalisation d'activités socioculturelles, la promotion des droits des travailleurs et l'organisation de formations²⁷⁰². Contestées en raison de leur contrariété avec les principes constitutionnels d'égalité, de pluralisme et de liberté syndicale, consacrés par les articles 7, 14 et 28-1 de la Constitution espagnole, ces dispositions législatives ont systématiquement été censurées par le Tribunal constitutionnel²⁷⁰³.

1085. De même, au Portugal, les divers recours introduits à ce jour par le *Provedor de Justiça* sur le fondement de la liberté syndicale se trouvent à l'origine de très nombreuses déclarations d'inconstitutionnalité²⁷⁰⁴. On songera notamment à la censure de l'arrêté ministériel du 3 juillet 1972, donnant compétence aux syndicats représentant le corps professionnel pharmaceutique pour délivrer les carnets de registre des auxiliaires de pharmacie²⁷⁰⁵, à la condamnation du décret-loi du 30 avril 1975, conférant aux syndicats le droit d'exiger des travailleurs le paiement d'une cotisation dans les trois mois suivants leur décision de quitter le syndicat²⁷⁰⁶, ou, encore, à la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions normatives, approuvées le 27 juillet 1973, subordonnant l'exercice de la profession d'employé de banque des casinos à l'adhésion à un syndicat de travailleurs titulaires d'une carte professionnelle²⁷⁰⁷.

²⁶⁹⁹ Provedor de Justiça, *Relatório à Assembleia da República 1999*, *op. cit.*, pp. 844-848.

²⁷⁰⁰ Acórdão 589/04 du 6 octobre 2004, *D.R.* série I du 4 novembre 2004.

²⁷⁰¹ En ce sens, v. J. Menéres Pimentel (Coord.), *op. cit.*, pp. 169-171.

²⁷⁰² Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, pp. 114 et ss. ; *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, pp. 276 et ss. ; *Informe a las Cortes Generales 1985*, *op. cit.*, pp. 302 et ss.

²⁷⁰³ En ce sens, v. par ex. : STC 20/1985 du 14 février 1985, *op. cit.*

²⁷⁰⁴ Pour une approche approfondie de cette question, v. en part. : M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, pp. 106-110.

²⁷⁰⁵ Acórdão 248/86 du 16 juillet 1986, *D.R.* série I du 15 septembre 1986.

²⁷⁰⁶ Acórdão 437/2000 du 18 octobre 2000, *D.R.* série I du 24 novembre 2000.

²⁷⁰⁷ Acórdão 197/2000 du 29 mars 2000, *D.R.* série I du 5 mai 2000.

1086. En outre, et pour conclure sur la participation des *ombudsmen* ibériques à la défense des libertés collectives, la protection offerte par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* bénéficie également au droit de grève. Un exemple en ce sens est donné, au Portugal, par le recours en inconstitutionnalité présenté, en 1997, par l'ombudsman contre l'article 37-2 et 3 du statut relatif à la carrière des éducateurs d'enfants et des professeurs de l'enseignement primaire et secondaire²⁷⁰⁸. Excluant les absences pour motifs de grève du temps de travail effectif retenu pour l'évolution de carrière de cette catégorie de fonctionnaires, cette disposition constituait, selon le *Provedor de Justiça*, une source de discrimination pour les travailleurs grévistes dans la mesure où ce même statut précisait, en revanche, que les absences pour congès maternité ou en raison d'accidents de travail n'entraînent pas de répercussions sur les avancées de carrière des enseignants et des éducateurs²⁷⁰⁹. Confronté à deux situations similaires traitées différemment par le législateur, le Tribunal constitutionnel, par sa décision du 4 avril 2001, fit droit au recours du *Provedor de Justiça*²⁷¹⁰.

4. Les droits du contribuable et du consommateur

1087. Monopolisant à eux seuls une section du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*²⁷¹¹, les droits du contribuable et du consommateur suscitent chaque année la présentation de très nombreuses réclamations devant les *ombudsmen* ibériques²⁷¹². A l'origine de progrès indiscutables, l'action des deux institutions dans ce domaine repose, une fois de plus, sur leurs prérogatives semi-contentieuses et leur faculté d'adresser des recommandations. Cela étant, force est de constater que, à l'inverse des autres catégories de droits-libertés, les droits du contribuable et du consommateur, bien qu'ils conduisent régulièrement les *ombudsmen* espagnol et portugais à saisir le Tribunal constitutionnel, donnent rarement lieu au prononcé de déclarations d'inconstitutionnalité. Exception faite de la décision du Tribunal constitutionnel portugais du 3 juillet 2001, censurant, à la suite d'un recours introduit en 1992 par le *Provedor de Justiça*²⁷¹³, le décret-loi du 30 novembre 1988 pour violation des principes constitutionnels de capacité contributive et d'imposition sur le revenu réel²⁷¹⁴ et de trois recours actuellement pendant devant le Tribunal constitutionnel espagnol²⁷¹⁵, les recours en inconstitutionnalité introduits à ce jour par le Défenseur du Peuple

²⁷⁰⁸ Statut approuvé par le décret-loi n° 287/88 du 19 août 1988, *D.R.* série I du 19 août 1988, p. 3444 et le décret-loi 139-A/90, *op. cit.*

²⁷⁰⁹ *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República 1997*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1998, pp. 401-405.

²⁷¹⁰ Acórdão 153/2001 du 4 avril 2001, *D.R.* série I du 15 mai 2001.

²⁷¹¹ Il s'agit, en Espagne, de la section de l'administration économique et, au Portugal, de la section des droits des contribuables et des consommateurs (en ce sens, v. l'annexe 2).

²⁷¹² En Espagne, par exemple, le nombre de plaintes adressées au Défenseur du Peuple, entre 1995 et 2006, en matière d'imposition s'élève à 9966 (chiffre extrait de F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 47).

²⁷¹³ *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República 1992*, pp. 62-75.

²⁷¹⁴ Acórdão 308/2001 du 3 juillet 2001, *D.R.* série I du 20 novembre 2001.

²⁷¹⁵ Il s'agit du recours n° 1/2008, introduit le 27 mars 2008 contre la loi n° 51-2007 du 26 décembre 2007 de finance générale de l'Etat pour l'année 2008, *B.O.E.* du 26 décembre 2007, p. 53286, du recours n° 2/2008, introduit le 27 de mars 2008 contre la loi n° 15-2007 du 27 décembre 2007 de finance de la Communauté autonome de Valence pour l'exercice 2008, *B.O.E.* du 28 janvier 2008, p. 5091, et du recours n° 3/2010, introduit le 14 octobre 2010 contre la loi n° 22-2010 du 20 juillet 2010 du code de consommation de Catalogne, *B.O.E.* du 13 août 2010, p. 71949.

et le *Provedor de Justiça* ont, en effet, systématiquement fait l'objet de décisions de rejet. C'est par exemple le cas des différents recours introduits contre des dispositions consacrant des impôts avec effets rétroactifs, vis-à-vis desquels la juridiction constitutionnelle, tant espagnol que portugaise, a rappelé qu'aucune disposition constitutionnelle ne prohibe l'adoption d'une législation fiscale rétroactive²⁷¹⁶.

1088. En revanche, et c'est heureux, les recommandations adressées par les deux institutions ibériques participent régulièrement à des avancées décisives dans le domaine des droits des contribuables et des consommateurs²⁷¹⁷. Plusieurs exemples permettent d'illustrer le propos, à commencer par la réclamation adressée, en 1977, par un citoyen de Porto au *Provedor de Justiça* au sujet de l'application de taxes prévues par le nouveau système de tarification de l'électricité, approuvé par l'arrêté ministériel du 21 janvier 1977²⁷¹⁸, à des consommations énergétiques antérieures à l'entrée en vigueur de ce nouveau système de tarification. Constatant que la loi ordinaire n'autorisait pas une telle application rétroactive, le *Provedor* se tourna vers le ministre de l'industrie et de la technologie afin qu'il remédie à la situation²⁷¹⁹. Intervention fructueuse puisque le ministre, non seulement procéda à la mise en conformité des dispositions règlementaires litigieuses avec la loi, mais, de surcroît, s'assura que soient reversés aux consommateurs les trop-perçus²⁷²⁰. La même année, l'institution portugaise condamna la pratique du conseil municipal de *Torres Vedras* consistant à imposer le paiement de la taxe d'entretien des égouts à des zones d'habitations n'étant pas encore desservies par le réseau de canalisations d'égouts. Contraire au règlement général des canalisations d'égouts alors en vigueur²⁷²¹, cette pratique a été corrigée par le conseil municipal à la suite de l'intervention du *Provedor de Justiça*²⁷²².

1089. Quant au Défenseur du Peuple, son pouvoir de recommandation a permis de remédier au litige opposant, en 1997, l'administration fiscale et certains contribuables quant au paiement des intérêts moratoires correspondant au retard pris par l'administration en matière de remboursement de trop-perçus dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Tandis que de nombreux citoyens se plaignaient de ne pas avoir perçu de tels intérêts, l'administration fiscale affirmait, au contraire, que l'ordre de paiement avait été donné avant le terme du délai prévu pour le déclenchement des intérêts moratoires. Saisi de la question, le Défenseur constata, en réalité, que les contribuables avaient reçu le remboursement avec un retard considérable par rapport à la date d'émission de l'ordre de paiement. Aussi recommanda-t-il à l'administration fiscale que, désormais, les intérêts moratoires commencent à courir à partir

²⁷¹⁶ En ce sens, v. not. : STC 150/1990 du 4 octobre 1990, *op. cit.*, FJ 8 ; Acórdão 66/84 du 3 juillet 1984, *op. cit.*, FJ 2.

²⁷¹⁷ Pour une approche approfondie de cette question au Portugal, le lecteur pourra utilement se référer au dernier rapport monographique du *Provedor de Justiça* consacré aux quinze dernières années d'activité de l'institution portugaise dans le domaine des droits des contribuables (*Provedor de Justiça, O Provedor de Justiça e os direitos dos contribuintes (1996-2011)*, Provedor de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 2012).

²⁷¹⁸ Portaria n° 31-A/77 du 21 janvier 1977, *D.R.* série I du 21 janvier 1977, p. 124.

²⁷¹⁹ *Relatório do Provedor de Justiça – 1977, op. cit.*, pp. 226-227.

²⁷²⁰ *Ibid.*

²⁷²¹ Approuvé par un arrêté en date du 8 mai 1946, ce règlement prévoyait, en effet, que la taxe d'entretien ne peut être appliquée qu'aux seuls bâtiments déjà bénéficiaires d'un système d'égouts.

²⁷²² *Ibid.*, p. 197.

du remboursement effectif de l'impôt sur le revenu et non plus à la date d'émission de l'ordre de paiement²⁷²³. Recommandation acceptée par l'administration à l'occasion de l'adoption de la loi du 30 décembre 1997 sur les mesures fiscales, administratives et sociales²⁷²⁴.

1090. Initialement orientée vers l'acclimatation des droits et libertés nouvellement consacrés par les Constitutions espagnole et portugaise, l'action du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* contribue, en définitive, à un renforcement indiscutable des droits fondamentaux au sein de la péninsule ibérique. A l'entreprise historique d'ancrage des droits fondamentaux à la sortie des dictatures franquiste et salazariste se substituant, par la suite, une recherche constante d'affermissement des droits et libertés constitutionnellement garantis. S'exprimant avec une acuité particulière à l'endroit des droits-sociaux créances et des publics dits fragiles, ce processus de consolidation des droits fondamentaux, qui anime, aujourd'hui encore, l'activité des deux institutions, intéresse également les autres catégories de droits de la personne humaine, dont les droits-libertés classiques. Dans ces conditions, on ne peut que saluer le bilan des *ombudsmen* ibériques et apprécier le rôle déterminant joué par la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de l'autre côté des Pyrénées. Et ce d'autant plus que, loin de se contenter d'un renforcement des droits fondamentaux à l'échelle nationale, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* s'efforcent également d'en promouvoir l'effectivité à l'échelle internationale.

Section 2 – La promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale

1091. A l'heure où la question de la mondialisation du droit est évoquée par certains auteurs²⁷²⁵, s'enfermer dans une approche strictement nationale de leur fonction de défense des droits de la personne humaine serait, de toute évidence, un non sens pour le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. Fidèles au progressisme qui les caractérise, les *ombudsmen* espagnol et portugais s'évertuent, en effet, à étendre leur magistrature d'influence au-delà des seules frontières de la péninsule ibérique. Outre qu'ils n'hésitent pas à se référer aux conventions régionales et internationales de protection des droits de l'homme pour mener à bien leur fonction de défense des droits fondamentaux²⁷²⁶, le Défenseur du Peuple et le

²⁷²³ Recommandation n° 71/1997 du 6 août 1997 sur le paiement des intérêts moratoires correspondant aux remboursements de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, in Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias 1997*, Madrid, 2002, pp. 277-280.

²⁷²⁴ Rapporté par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., p. 69.

²⁷²⁵ N. Stern, « Un seul monde, un monde pour tous ? La mondialisation du droit », *Ceras*, juin 2000, Projet n° 262, [en ligne]. Disponible sur [www.ceras-projet.org].

²⁷²⁶ En Espagne, le Défenseur du Peuple, à l'occasion de son recours en inconstitutionnalité introduit contre la loi du 1^{er} juillet 1985 relative aux droits et libertés des étrangers en Espagne, s'est fondé, non seulement sur le texte constitutionnel espagnol, mais également sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le Pacte international des droits civils et politiques (en ce sens, v. : L. Villalba Benítez, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, op. cit., p. 89). De même, il convient de constater, avec Margarita Retuerdo Buades, que le droit de l'Union européenne inspire régulièrement l'action de l'institution espagnole. L'ancienne adjointe du Défenseur du Peuple rapporte de très nombreux exemples en ce sens, et ce aussi bien dans le domaine de la protection des travailleurs, des droits des consommateurs ou, encore, de la liberté d'établissement et de résidence

Provedor de Justiça, en dépit du silence des textes de référence sur la question²⁷²⁷, se proposent de développer une activité de promotion de la protection des droits et libertés à l'échelle internationale.

1092. Evidemment, le principe de souveraineté étatique et le caractère coopératif du droit international ne sauraient permettre aux *ombudsmen* ibériques de disposer, en cette matière, d'une marge de manœuvre aussi importante qu'au niveau national. Le statut constitutionnel et la fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine attribués à ces deux institutions ne leur octroient pas moins une importante légitimité pour dénoncer les violations des droits fondamentaux sur la scène internationale et, surtout, promouvoir, à l'étranger, les valeurs véhiculées par cette catégorie de droits²⁷²⁸.

1093. Promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelon international pouvant être appréciée, avec le professeur José Manuel Sánchez-Saudinós²⁷²⁹, au regard de deux éléments : d'une part, la sensibilisation des Etats étrangers aux valeurs des droits de la personne humaine (§ 1) et, d'autre part, la collaboration active avec les instances étrangères et supra-étatiques de défense des droits et libertés (§ 2).

§ 1. La sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux

1094. Deux éléments permettent d'illustrer l'entreprise de sensibilisation aux enjeux des droits fondamentaux poursuivie par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* auprès des Etats étrangers : d'un côté, leur contribution à l'implantation de l'institution de l'ombudsman spécialisé (A) et, de l'autre côté, leur participation à la diffusion des valeurs des droits et libertés (B).

(« Le médiateur de l'Espagne », *op. cit.*, pp. 47 et ss. ; « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *op. cit.*, pp. 13-19). Au Portugal, les dispositions conventionnelles intéressant les droits fondamentaux occupent une place tout aussi importante dans l'activité du *Provedor de Justiça*. Soulignée par la doctrine portugaise (J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 10 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, pp. 163 et ss.), cette attention accordée par le *Provedor* au respect du droit international a, par exemple, conduit ce dernier à recommander, le 5 février 2004, au ministre de la justice que soit modifié le régime juridico-légal de la prison préventive afin que, conformément à la recommandation n° R (80) 11 du Conseil des ministres de l'Union européenne, soit garantie l'indemnisation des individus placés en détention provisoire et finalement jugés innocents au terme de leur procès (sur ce point, v. C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, pp. 162-163).

²⁷²⁷ C'est là une différence avec le Défenseur des droits dont la loi organique du 29 mars 2011 lui permet, d'une part, d'instruire les réclamations relevant de son champ de compétence qui lui sont transmises par le Médiateur européen ou un homologue étranger (art. 7-4) et, d'autre part, de contribuer, à la demande du Chef du gouvernement, « à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans les domaines relevant de son champ de compétence » (art. 32-4).

²⁷²⁸ En ce sens, v. B. Alamanni de Carrillo, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 53.

²⁷²⁹ J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, pp. 310 et ss.

A. La contribution à la diffusion du modèle ibérique de l'ombudsman

1095. C'est un lieu commun, le développement de l'*human rights ombudsman* en Amérique latine et en Europe de l'est se trouve étroitement lié à la consécration, quelques années plus tôt, du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple sur la péninsule ibérique²⁷³⁰. A cet égard, Jorge Santistevan de Noriega, premier Défenseur du Peuple du Pérou, ne manque pas de rappeler que la diffusion de l'institution en Amérique latine résulte, dans une importante mesure, de l'influence de la Constitution espagnole de 1978 sur le monde politique et juridique latino-américain. Son article 54, notamment, s'étant rapidement converti en un paradigme imprégnant l'ensemble de la littérature juridique ibéroaméricaine spécialisée sur la protection des droits et libertés fondamentaux²⁷³¹. Rien de très étonnant, néanmoins, si l'on prend en compte le contexte d'implantation de l'ombudsman dans ces deux régions du globe. Apparue dans le cadre de processus de transition démocratique similaires à ceux de l'Espagne et du Portugal de la fin des années 1970²⁷³², l'institution a fort logiquement emprunté de nombreuses caractéristiques au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*²⁷³³, à commencer par leur appellation²⁷³⁴ et leur fonction privilégiée de défense des droits fondamentaux²⁷³⁵.

1096. Cette transposition du modèle ibérique au sein des pays latino-américains et d'Europe de l'est ne saurait toutefois être appréhendée sans prendre en considération l'entreprise de sensibilisation aux vertus d'une telle institution poursuivie dans ces régions par les *ombudsmen* espagnol et portugais. A l'instar de l'ombudsman danois Stephan Hurwitz en son

²⁷³⁰ Sur la source d'inspiration qu'ont constitué le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* pour les pays d'Amérique latine et d'Europe de l'est, v. not. : S. Castañeda Otsu, « El fortalecimiento del Ombudsman de América Latina y su rol como factor de democratización », in *XV Curso interdisciplinario en derechos humanos*, San José, Costa Rica, 16-27 juin 1977 ; Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina*, tome II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, 1995 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 38 ; C. Núñez Rivero y C. Fernández aller, « El Defensor del Pueblo en centroamérica. Análisis comparado », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 452 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., p. 57 ; J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », op. cit., p. 310.

²⁷³¹ J. Santistevan de Noriega, « El Defensor del Pueblo en Iberoamérica », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 947-948.

²⁷³² Sur ce point, v. par ex. : A. Mora, op. cit., pp. 37 et ss. ; C. Sampaio Ventura, op. cit., p. 57 ; F. Virseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, op. cit., pp. 11 et 26. En outre, le lecteur pourra utilement se référer à l'annexe 1.

²⁷³³ Sur les similitudes existant entre les *ombudsmen ibériques* et leurs homologues d'Amérique latine et d'Europe de l'est, le lecteur est invité à se référer à : *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Aranzadi, Pamplona, 2008 ; P. Carballo Armas, « El "Defensor del Pueblo" en iberoamérica. Una perspectiva comparada », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 437 et 442 et ss. ; C. Núñez Rivero y C. Fernández aller, « El Defensor del Pueblo en centroamérica. Análisis comparado », op. cit., p. 453 ; J. Santistevan de Noriega, op. cit., pp. 968 et ss.

²⁷³⁴ Cette identité de dénomination s'exprime surtout en Amérique latine où les *ombudsmen* argentin, bolivien, colombien, équatorien, panaméen, paraguayen, péruvien et vénézuélien répondent tous à l'appellation de Défenseur du Peuple (rapporté par P. Carballo Armas, « El "Defensor del Pueblo" en iberoamérica. Una perspectiva comparada », op. cit., p. 442).

²⁷³⁵ Sur ce point, v. l'annexe 1.

temps²⁷³⁶, les différents représentants de la fonction de Défenseur du Peuple et de *Provedor de Justiça* ont, en effet, activement contribué à l'implantation du modèle ibérique de l'ombudsman au sein des pays présentant une configuration politique analogue à celle de l'Espagne et du Portugal post-dictatoriale. Comme le souligne le professeur José Manuel Sánchez-Saudinós, la « *volonté de renforcer, de promouvoir et de soutenir, au niveau international, les institutions similaires de protection des droits fondamentaux a toujours été une préoccupation constante du Defensor del Pueblo espagnol* »²⁷³⁷. A cette fin, l'institution espagnole a pris part à diverses missions d'appui en vue de faire partager son expérience et prêter son soutien aux Etats d'Amérique latine souhaitant se doter d'un organe similaire²⁷³⁸.

1097. Consistant dans l'octroi de conseils quant aux exigences que doit satisfaire la configuration institutionnelle de l'*human rights ombudsman*²⁷³⁹, ces missions d'appui ont notamment trouvé à s'exercer par le prisme des fédérations régionales et internationales d'*ombudsmen*, à l'instar de l'Institut international des *ombudsmen* et de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, dont fait partie le Défenseur espagnol. Dans la mesure où les statuts de ces organisations supra-étatiques fixent, généralement, parmi leurs différents objectifs celui de promouvoir le concept d'ombudsman et d'encourager son développement à travers le monde²⁷⁴⁰, de telles structures ont effectivement permis au Défenseur du Peuple de favoriser l'implantation de l'institution dans des régions où elle n'existait pas encore. La Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, notamment, en tant qu'« *organisation de coopération et d'échange d'expériences pour le développement d'une culture du respect des droits de l'homme* »²⁷⁴¹, s'est rapidement présentée pour le Défenseur du Peuple comme un espace privilégié de promotion de l'*human rights ombudsman* auprès des pays d'Amérique latine. Dans ces conditions, la désignation, en janvier 1992, du Défenseur espagnol comme membre de l'institut latino-américain de l'ombudsman, en reconnaissance de ses efforts en faveur du développement de l'institution en Amérique, n'apparaît guère surprenante²⁷⁴². Il en va de même de sa présence au Costa Rica, en juin 1994, lors de la signature, sous les auspices de l'Institut latino-américain des droits de l'homme, de la Déclaration des défenseurs du peuple et des procureurs des droits de l'homme d'Amérique latine visant à promouvoir la figure du défenseur du peuple dans tous les pays latino-américains²⁷⁴³.

²⁷³⁶ Stephan Hurwitz, on l'a vu, est connu pour avoir favorisé la diffusion de l'ombudsman scandinave dans le monde dans les années 1950 en multipliant les conférences à l'étranger et les publications dans des revues européennes et internationales en vue de faire connaître cette institution.

²⁷³⁷ J.M. Sánchez-Saudinós, « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *op. cit.*, p. 310.

²⁷³⁸ *Ibid.*

²⁷³⁹ En ce sens, v. F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 26.

²⁷⁴⁰ En ce sens, la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen* « se définit comme un forum pour la coopération, l'échange d'expériences et la promotion, la diffusion et le renforcement de l'institution de l'ombudsman dans les régions géographiques de sa juridiction » (rapporté par A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo, op. cit.*, p. 61).

²⁷⁴¹ J.M. Sánchez-Saudinós, *op. cit.*, p. 311.

²⁷⁴² En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo, op. cit.*, p. 99.

²⁷⁴³ *Ibid.*

1098. Le *Provedor de Justiça* n'est pas en reste. Car, s'il est généralement admis que sa participation au processus de diffusion de l'ombudsman spécialisé en Amérique latine demeure sensiblement moins prononcée que celle de son homologue espagnol²⁷⁴⁴, sa contribution à l'implantation de l'institution dans les pays d'Europe centrale et de l'est ne fait, en revanche, aucun doute²⁷⁴⁵. A l'occasion de réunions et de forums internationaux consacrés au processus de transition démocratique au sein des pays composant l'ancienne U.R.S.S., le *Provedor de Justiça* s'est effectivement attaché à promouvoir le modèle portugais de l'ombudsman. Ce fut par exemple le cas en 1996 à Tbilissi, lors d'une table ronde, organisée sous le patronage de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, au sujet de l'instauration d'un ombudsman en Géorgie. Accompagné de représentants de la Fédération Russe, des Etats-Unis d'Amérique et de la Suède, le *Provedor* y présenta les contours de l'institution portugaise. Présentation très certainement convaincante puisque la loi sur le *Public Defender*, adoptée quelques temps plus tard par la Géorgie, s'avère, dans sa configuration, étroitement similaire à celle du statut du *Provedor de Justiça*²⁷⁴⁶. De même, la troisième conférence internationale de l'ombudsman et des institutions de protection des droits de l'homme, organisée en juin 1996 en Lettonie ou, encore, la réunion de l'ombudsman et des institutions nationales des droits de l'homme, tenue à Varsovie en 1998, ont permis au *Provedor de Justiça* de rendre compte du modèle portugais et des quelques années d'expérience de l'institution auprès de pays ne disposant pas encore d'un ombudsman²⁷⁴⁷.

1099. Parallèlement à ce processus de sensibilisation des pays d'Europe centrale et de l'est aux vertus de l'*human rights ombudsman*, le *Provedor de Justiça* a entrepris une vaste opération de diffusion de l'institution dans l'ensemble des Etats composant la Communauté des pays de langue portugaise²⁷⁴⁸. C'est ainsi qu'en 2006, Henrique Nascimento Rodrigues, alors en charge de la fonction de *Provedor*, participa à l'atelier international sur le mandat et la fonction d'ombudsman, se déroulant à Luanda, en vue de légitimer et pérenniser la figure du *Provedor de Justiça* instituée un an plus tôt en Angola²⁷⁴⁹. Compte tenu de son ampleur, cette entreprise de diffusion du *Provedor de Justiça* dans les Pays lusophones occupe, toujours aujourd'hui, l'activité de l'ombudsman portugais dès lors que certains de ces pays, à l'instar du Cap-Vert et du Mozambique, ne comptent toujours pas d'ombudsman au sein de leur environnement institutionnel. A savoir que l'institution du *Provedor de Justiça*, bien que prévue par la législation, n'a toujours pas été mise en place en pratique²⁷⁵⁰. A cet effet, le *Provedor* portugais et son homologue angolais, réunis le 2 décembre 2010 afin de faire un point sur la situation du processus de diffusion de l'institution de l'ombudsman dans les Etats lusophones, ont adressé un courrier au Président de la Communauté des pays de langue

²⁷⁴⁴ En ce sens, v. J. Santistevan de Noriega, « El Defensor del Pueblo en Iberoamérica », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 949.

²⁷⁴⁵ J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 247.

²⁷⁴⁶ *Ibid.*

²⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 248.

²⁷⁴⁸ En ce sens, v. not. Provedor de Justiça, « Relações internacionais », [en ligne]. Disponible sur [www.provedor-jus.pt].

²⁷⁴⁹ A.J de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », in *Provedor de Justiça. O garante dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 25

²⁷⁵⁰ Rapporté par Provedor de Justiça, « Relações internacionais », op. cit.

portugaise de manière à ce que celui-ci favorise la création et l'implantation effective de l'ombudsman dans l'ensemble des Etats composant cette communauté²⁷⁵¹.

1100. Conscients de leur rôle déterminant dans le processus d'ancrage des droits et libertés à la sortie des dictatures espagnole et portugaise et, plus largement, de l'apport de la protection non juridictionnelle à la construction de l'Etat de droit, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* poursuivent, ainsi, une mission de diffusion de l'institution de l'*human rights ombudsman* au sein des démocraties émergentes. Procédant d'une volonté commune de sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux, cette entreprise d'implantation du modèle ibérique de l'ombudsman au sein des pays présentant une configuration politique analogue à celle de l'Espagne et du Portugal post-dictatoriale s'accompagne, de surcroît, d'une recherche de diffusion des valeurs des droits fondamentaux à l'étranger.

B. La contribution à la diffusion des valeurs des droits fondamentaux

1101. Loin de se contenter de promouvoir l'institution de l'*human rights ombudsman* à travers le monde, les *ombudsmen* ibériques se proposent également de sensibiliser les Etats étrangers, en tête desquels les jeunes démocraties, aux valeurs véhiculées par les droits de la personne humaine. S'exerçant essentiellement par le biais des communications orales effectuées par les deux institutions dans le cadre des conférences internationales auxquelles elles sont invitées à participer, cette promotion des valeurs des droits fondamentaux témoigne, à son tour, de la volonté du Défenseur espagnol et du *Provedor* Portugais de dépasser leur seule fonction de défense des droits et libertés à l'échelon étatique.

1102. Parmi les exemples les plus significatifs d'un tel phénomène, se doivent, tout d'abord, d'être mentionnées les nombreuses interventions des deux institutions en faveur des droits fondamentaux des étrangers. En atteste le discours prononcé par l'institution espagnole à Copenhague, en 2001, sur le rôle des *ombudsmen* dans la protection des droits des immigrés²⁷⁵² et, surtout, l'intervention de son homologue portugais sur le droit d'asile à l'occasion de la VI^e Rencontre des *ombudsmen* européens réalisée à Malte le 7 octobre 1998²⁷⁵³. Tout sauf anodin, le choix de l'intervention interpelle inévitablement l'observateur dès l'instant où Malte se présente comme l'un des principaux points d'entrée des immigrés au sein de l'Union européenne. Consistant dans une présentation du régime portugais et européen du droit d'asile, cette intervention se propose, en définitive, d'attirer l'attention des Etats européens sur l'importance que revêt ce droit pour les personnes victimes de mauvais traitements et de persécutions dans leurs pays d'origine.

1103. La volonté des *ombudsmen* ibériques de sensibiliser les Etats étrangers aux valeurs des droits fondamentaux s'apprécie, ensuite, au regard des très nombreuses interventions en ce

²⁷⁵¹ A.J de Sousa, *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁵² Sur ce point, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 103.

²⁷⁵³ Intervention retranscrite in J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, pp. 225 et ss.

sens effectuées auprès de certains pays d'Amérique latine dans les années suivant leur transition démocratique. Sur ce point, l'année 2001 se révèle particulièrement riche puisqu'elle a vu l'institution espagnole, non seulement intervenir à l'occasion de la XIX^e période ordinaire de sessions du Parlement andin, à Caracas, consacrée à la défense des droits de la femme, de l'enfance et de la famille dans le milieu des peuples indigènes et afro-américains, mais également donner une conférence sur le processus de transition démocratique espagnole auprès de l'institution du Défenseur du peuple de la nation argentine²⁷⁵⁴. Quant à l'ombudsman portugais, ce dernier fit le choix, lors du I^{er} Forum international des *Ouvidorias, Ombudsmen, Defensores del Pueblo et Provedores de Justiça*, organisé en novembre 2009 à Brasilia sur la question du renforcement de la démocratie participative, d'axer son intervention sur le thème du *Provedor de Justiça* en tant que facteur de consolidation de la conquête de la démocratie à la suite des événements du 24 avril 1974²⁷⁵⁵. En outre, les *ombudsmen* ibériques, toujours dans le cadre de leurs échanges avec les pays d'Amérique latine, ont également eu l'occasion d'aborder, à l'occasion de la Réunion intercontinentale Union européenne/Amérique latine-Caraïbes, organisée par le Défenseur espagnol à Madrid, en 2002, la question de l'abolition de la peine de mort et de la torture²⁷⁵⁶. Animée par différents représentants d'organisations ibériques, latino-américaines et supra-étatiques de défense des droits fondamentaux, la table ronde consacrée à cette problématique s'est révélée particulièrement judicieuse dans la mesure où bon nombre de pays composant l'espace Caraïbes n'ont toujours pas aboli la peine capitale et l'appliquent régulièrement²⁷⁵⁷.

1104. Mérite, enfin, de retenir l'attention la volonté actuelle du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais de sensibiliser les Etats étrangers au respect des droits de la personne humaine dans la lutte contemporaine contre le terrorisme. Soulevant la délicate question de la conciliation entre la lutte anti-terroriste et les droits fondamentaux, cette problématique, si elle intéresse l'ensemble de la communauté internationale, concerne plus spécifiquement certaines démocraties occidentales, en tête desquelles les Etats-Unis d'Amérique. En ce sens, Mário Soares, représentant du Portugal dans le cadre du VII^e Congrès de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, tenu en 2002, soulignait, à travers son intervention portant sur la démocratie et les droits de l'homme au XXI^e siècle, les dangers et les excès auxquels conduit parfois la lutte contre le terrorisme entreprise par les Etats-Unis d'Amérique depuis les événements du 11 septembre 2001. Loin de remettre en cause l'absolue nécessité d'endiguer ce phénomène, l'ancien Président de la République portugaise précisait, en revanche, qu'une telle entreprise ne saurait être accomplie unilatéralement, en marge de l'Organisation des Nations Unies et des principes directeurs du droit international. A l'ancien Président de la République de poursuivre, non sans ironie, que s'il s'agissait effectivement d'une « guerre », comme le prétend l'administration Bush, alors devaient s'appliquer aux prisonniers de Guantanamo les Conventions de Genève, ce qui, à l'évidence, n'était pas le cas.

²⁷⁵⁴ Rapporté par A. Mora, *op. cit.*, p. 103.

²⁷⁵⁵ En ce sens, v. A.J de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁵⁶ *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos, op. cit.* pp. 206 et ss.

²⁷⁵⁷ G. Clerbaux, « Les Caraïbes : quelles stratégies pour abolir la peine de mort ? », 1^{er} avril 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.amnesty.be/doc].

En outre, et en toute hypothèse, les prisonniers accusés de terrorisme, en tant que personnes humaines, devaient bénéficier du droit à un avocat et à l'organisation de la défense en prévision de leur procès, principes également méconnus²⁷⁵⁸.

1105. Procédant d'une volonté non dissimulée de la part des *ombudsmen* ibériques de promouvoir la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale, la participation du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* à l'exportation des valeurs des droits fondamentaux à l'étranger confirme, à n'en pas douter, le rôle fondamental joué, à l'heure actuelle, par la protection non juridictionnelle des droits de la personne humaine. Et ce d'autant plus qu'à cette première fonction de sensibilisation des Etats étrangers et, surtout, des démocraties émergentes aux enjeux liés à la protection effective des droits fondamentaux s'ajoute une fonction de collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de protection des droits de la personne humaine tout aussi révélatrice de l'investissement des *ombudsmen* espagnol et portugais à l'échelon international.

§ 2. La collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de protection des droits fondamentaux

1106. Soucieux de partager leur expérience à travers le monde, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* n'hésitent pas à intervenir sur la scène internationale et au sein des pays étrangers afin de collaborer avec les autres institutions de défense des droits de l'homme. Participant du processus de promotion des droits fondamentaux à l'échelle internationale poursuivi par les deux institutions, cette fonction de coopération trouve à s'exercer, d'une part, avec les *ombudsmen* nationaux étrangers (A) et, d'autre part, avec les organisations internationales de garantie des droits de l'homme (B).

A. La collaboration avec les *ombudsmen* nationaux étrangers

1107. S'ils sont et seront toujours rattachés à un territoire comme à des procédures et *in fine* à un système de normes spécifiques, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, pour paraphraser l'article du professeur Laurence Burgorgue-Larsen relatif à l'internationalisation du dialogue des juges, sont conduits à s'ouvrir à d'autres *ombudsmen* rattachés à d'autres univers systémiques²⁷⁵⁹. Cette collaboration des *ombudsmen* ibériques avec leurs homologues étrangers, comme le souligne Alfredo José de Sousa²⁷⁶⁰, conseiller du *Provedor de Justiça*, prend non seulement la forme d'une coopération de type bilatérale (1), mais également celle

²⁷⁵⁸ M. Soares, « Democracia e direitos humanos no Século XXI », in *Ombudsman, novas competências, novas funções, VII^o Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman, Lisboa 18 a 20 de novembro de 2002*, Provedor de Justiça, divisão de documentação, Lisboa, 2003, pp. 45-46.

²⁷⁵⁹ La citation originale est la suivante : « *Le juge — s'il est et sera toujours rattaché à un territoire (pour le juge interne) comme à des procédures et in fine à un système de normes spécifiques (pour les juges internes et internationaux) — est conduit à s'ouvrir à d'autres juges rattachés à d'autres univers systémiques* » (L. Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention du Bruno Genevois », *op. cit.*, p. 97).

²⁷⁶⁰ A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », *op. cit.*, pp. 16 et ss.

d'une coopération multilatérale s'exprimant dans le cadre des forums internationaux d'*ombudsmen* nationaux (2).

1. La coopération bilatérale dans le cadre de protocoles de collaboration

1108. De façon somme toute logique, la coopération bilatérale entre les *ombudsmen* ibériques et leurs homologues étrangers s'exprime avant tout entre le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* eux-mêmes. Tous deux apparus, à quelques années d'intervalle, dans un contexte similaire de transition démocratique, le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais, compte tenu de leur proximité géographique et de leur configuration institutionnelle quasiment identique, entretiennent effectivement des rapports privilégiés. En témoigne le protocole de coopération conclu dès octobre 1986 entre les deux institutions aux fins de faciliter les échanges d'informations sur les questions affectant les droits et libertés des citoyens portugais résidant en Espagne et, inversement, ceux des citoyens espagnols vivant sur le territoire portugais²⁷⁶¹. Récemment réhabilité à l'initiative du Défenseur Henrique Múgica Herzog²⁷⁶², ce protocole est loin d'être la seule illustration de la coopération existante entre les deux institutions ibériques. On en veut pour preuve la visite de l'institution du Défenseur du Peuple par son voisin portugais du 4 au 6 avril 2005, la présence du *Provedor de Justiça* à Madrid le 22 juin 2007 à l'occasion de la célébration du 25^{ème} anniversaire de son homologue espagnol ou, encore, la visite de l'institution du *Provedor de Justiça* par le Défenseur du Peuple les 23 et 24 juin 2008²⁷⁶³.

1109. Mais au-delà de ces rapports privilégiés entretenus par les deux *ombudsmen* ibériques, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* trouvent également à coopérer, dans un cadre bilatéral, avec bon nombre de leurs homologues étrangers. Evoluant en fonction des besoins du moment, ce mouvement de coopération prend des formes aussi diverses et variées que l'appui d'un ombudsman national dans le traitement des plaintes que les citoyens lui adresse, l'échange d'informations et le partage d'expériences, le développement d'évènements et de publications communes, l'organisation de visites de travail²⁷⁶⁴. Etant entendu qu'une telle collaboration se trouve généralement officialisée par la conclusion d'accords, à l'instar du protocole de coopération célébré, en 2008, entre le *Provedor de Justiça* et le Commissaire parlementaire pour les droits de l'homme ukrainien²⁷⁶⁵, et des conventions de coopération signées par le Défenseur du Peuple, en 2001, avec le Défenseur du Peuple argentin et le Défenseur du Peuple paraguayen²⁷⁶⁶. Sur un plan davantage matériel, ce processus de coopération bilatérale se caractérise en raison, d'une part, de participations du

²⁷⁶¹ Rapporté par L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 735.

²⁷⁶² A l'occasion d'une rencontre entre le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, réalisée en mars 2002 à Cáceres, fut effectivement signé un protocole similaire à celui de 1986, prévoyant, de surcroît, un dispositif de coopération renforcée entre les deux institutions s'agissant des hypothèses de privation de liberté des citoyens espagnols et portugais se trouvant dans le pays ibérique dont ils ne sont pas ressortissants (sur ce point, v. par ex. : A.J. de Sousa, *op. cit.*, p. 17 ; H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 82).

²⁷⁶³ Sur ces questions, v. A.J. de Sousa, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁷⁶⁵ *Ibid.*

²⁷⁶⁶ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 103.

Provedor de Justiça et du Défenseur du Peuple aux conférences organisées par leurs homologues étrangers sur le thème des droits fondamentaux²⁷⁶⁷, d'autre part, de visites effectuées par les *ombudsmen* ibériques au sein des officines d'*ombudsmen* étrangers²⁷⁶⁸. Généralement accompagnées de réunions de travail, de telles visites sont l'occasion de confronter les points de vue et les méthodes afin d'en tirer des enseignements dans le sens d'une protection toujours plus approfondie des droits fondamentaux.

1110. N'étant pas sans rappeler le « *dialogue des juges* »²⁷⁶⁹, ce mouvement de coopération bilatéral entre les *ombudsmen* ibériques et leurs homologues étrangers, que l'on pourrait dénommer « dialogue des *ombudsmen* », favorise, sans nul doute, l'échange de vues et, partant, un enrichissement mutuel. Il facilite, par ailleurs, l'harmonisation des actions entreprises par les *ombudsmen* nationaux, aussi bien à l'échelle étatique que supra-étatique, et évite, ainsi, des positions discordantes ou contradictoires. Ce dialogue, susceptible d'être qualifié, avec le professeur Laurence Burgogue-Larsen, de « *débridé* », dans la mesure où « aucune obligation, aucun système juridique n'oblige, ne contraint, n'induit le dialogue »²⁷⁷⁰, trouve également à s'exprimer dans le cadre des forums internationaux d'*ombudsmen*. Dans ce cas, il prend la forme d'une coopération multilatérale.

2. La coopération multilatérale dans le cadre des forums internationaux d'*ombudsmen*

1111. Présent dans quasiment l'ensemble des Etats démocratiques contemporains, l'ombudsman compte très certainement parmi les institutions ayant connu le plus grand succès à travers le monde. A l'évidence, cette universalité de l'institution ne peut qu'expliquer le développement de forums internationaux se proposant de regrouper les *ombudsmen* nationaux afin, non seulement de faciliter leur coordination, mais également de favoriser l'échange d'expériences et, surtout, la promotion des droits fondamentaux à l'échelle supranationale²⁷⁷¹. En effet, qu'il s'agisse de l'Institut international des *ombudsmen*, fondé en 1978, de l'Institut européen des *ombudsmen*, mise en place en 1988, ou, encore, de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, créée en 1995, l'objet de ces forums supra-étatiques, outre une fonction de diffusion de l'ombudsman à travers le monde, demeure

²⁷⁶⁷ L'institution portugaise, par exemple, était ainsi présente à la Conférence « Liberté – vérité – justice », qui s'est déroulée le 15 mai 2008, en Pologne, à l'occasion du 20^{ème} anniversaire du Protecteur des droits civils polonais, et à la Conférence « Droits de l'homme d'aujourd'hui : principes universels et garanties régionales », organisée le 1^{er} février 2010 à Paris par l'ancien Médiateur de la République française (en ce sens, v. A.J de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », *op. cit.*, p. 19).

²⁷⁶⁸ On songera, entre autres, à la visite de l'Ombudsman du Royaume de Thaïlande, le 18 octobre 2004, du Médiateur fédéral de Belgique, les 30 juin et 1^{er} juillet 2005, ou, plus récemment, du *Wali Al Madhalim* marocain, du 14 au 16 octobre 2010 (*Ibid.*, pp. 17-18).

²⁷⁶⁹ La paternité de l'expression revient au Président Bruno Genevois qui, à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1978 *Cohn-Bendit*, déclarait, à propos des relations entre le juge communautaire et le juge national, qu'« il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges » (« Concl. sur CE, 6 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit », *D.*, 1979, p. 161).

²⁷⁷⁰ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention du Bruno Genevois », *op. cit.*, p. 116.

²⁷⁷¹ En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 57.

toujours de favoriser, par le biais d'ateliers et de conférences, l'échange entre les *ombudsmen* nationaux et la coordination de leurs actions²⁷⁷². Or, ces forums internationaux et régionaux, dont sont évidemment membres les deux institutions ibériques²⁷⁷³, se présentent, à n'en pas douter, comme des structures privilégiées par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* pour coopérer simultanément avec plusieurs de leurs homologues étrangers. Afin de rendre compte d'un tel phénomène, les développements se limiteront essentiellement à l'activité des deux institutions ibériques dans le cadre des trois principales fédérations internationales d'*ombudsmen*, déjà évoquées, que sont l'Institut international des *ombudsmen*, l'Institut européen des *ombudsmen* et la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*²⁷⁷⁴.

1112. Avec pour principale fonction la promotion du concept d'ombudsman à travers le monde, le développement de programmes facilitant l'échange d'informations et d'expériences entre les *ombudsmen* du monde entier et l'organisation de conférences internationales sur le thème de l'ombudsman et des droits de l'homme²⁷⁷⁵, l'Institut international des *ombudsmen*, organisation supra-étatique réunissant les *ombudsmen* du monde entier, se révèle particulièrement favorable à l'instauration d'une coopération de type multilatérale. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* participent à la plupart des manifestations proposées par l'Institut²⁷⁷⁶. C'est ainsi qu'en octobre 2010, par exemple, le *Provedor* portugais intervenait dans le cadre d'une conférence de l'Institut international des *ombudsmen* sur le thème : « L'Europe, une société ouverte »²⁷⁷⁷. Par ailleurs, les *ombudsmen* ibériques n'hésitent pas, toujours dans le cadre de l'Institut international des *ombudsmen*, à organiser des réunions informelles et sectorielles avec certains de leurs homologues étrangers. Un exemple en ce sens est donné par la réunion réalisée en juillet 2002, à l'initiative des deux institutions ibériques et du Médiateur de la République française, entre les *ombudsmen* belge, espagnol, portugais, français et italien sur la question des relations entre *ombudsmen* nationaux et *ombudsmen* régionaux, locaux et sectoriels²⁷⁷⁸.

1113. A l'instar de l'Institut international des *ombudsmen*, l'Institut européen des *ombudsmen* joue un rôle moteur dans l'activité internationale de promotion des droits

²⁷⁷² Pour une approche approfondie de la fonction, du statut et du mode de fonctionnement de ces différentes organisations, le lecteur pourra utilement se référer à : F. García Vicente, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 46 et ss. ; A. Mora, op. cit., pp. 57 et ss.

²⁷⁷³ En Espagne, par exemple, le Défenseur du Peuple a intégré l'Institut international de l'ombudsman en 1984 et l'Institut européen des *ombudsmen* ainsi que la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen* dès leur création, c'est-à-dire respectivement en 1988 et 1995 (A. Mora, op. cit., pp. 97 et ss.).

²⁷⁷⁴ Il convient, en effet, de souligner que d'autres forums internationaux d'*ombudsmen*, dont sont également membres le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, existent. On songera par exemple à l'Association des *ombudsmen* méditerranéens et au Réseau des *ombudsmen* de la Communauté des pays de langue portugaise.

²⁷⁷⁵ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 57.

²⁷⁷⁶ S'agissant du Défenseur espagnol, par exemple, ce dernier, depuis son entrée dans ce forum international, a participé à la réunion annuelle des Directeurs de l'Institut international de l'ombudsman tenue à Vienne en 1989, ainsi qu'à de nombreuses manifestations organisées par l'Institut, dont les V^e et VI^e conférences internationales de l'ombudsman respectivement organisées à Vienne et à Buenos Aires en 1992 et 1996 (*Ibid.*, pp. 98-99).

²⁷⁷⁷ Rapporté par A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », op. cit., p. 23.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*

fondamentaux prise en charge par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. Organe d'utilité publique ayant pour objet de traiter, d'un point de vue scientifique, les questions relatives aux droits de l'homme, à la protection du citoyen et, surtout, à l'institution de l'ombudsman, cet institut est rapidement devenu un lieu de rencontre et d'échange incontournable pour les *ombudsmen* européens²⁷⁷⁹. A cet effet, des conférences, auxquelles prennent évidemment part les institutions ibériques, sont régulièrement organisées par l'Institut européen. Antonio Mora rapporte en ce sens que le Défenseur espagnol était présent aux II^e, IV^e, V^e et VII^e Conférences européennes des *ombudsmen*, respectivement organisées à Bolzano, Berlin, Las Palmas et Durban en 1990, 1994, 1995 et 2000²⁷⁸⁰. Indépendamment de l'Institut européen des *ombudsmen*, la coopération du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais avec leurs homologues du vieux continent s'exprime également à travers le Réseau européen des *ombudsmen* et par le biais du Conseil de l'Europe. Créé en 1996, le Réseau européen se présente comme un espace privilégié de dialogue entre les *ombudsmen* ressortissant des Etats membres de l'Union européenne. Comme le précise Alfredo José de Sousa, le *Provedor de Justiça* a, en règle générale, assuré sa présence aux séminaires se déroulant dans le cadre de cette structure²⁷⁸¹. Quant au Conseil de l'Europe, son Secrétaire général a pris l'habitude, depuis 1985, d'organiser, à échéance régulière, une table ronde avec les *ombudsmen* européens, parmi lesquels le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*²⁷⁸².

1114. S'agissant, pour finir, de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, cette organisation demeure, sans nul doute, la structure privilégiée par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* pour mener à bien leur activité de coopération multilatérale. Rien de plus logique toutefois eu égard à la proximité culturelle, contextuelle et institutionnelle qui unit les *ombudsmen* ibériques et latino-américains. Partageant des valeurs communes²⁷⁸³, ces institutions présentent, en effet, une certaine homogénéité, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans le cadre de l'Institut international et de l'Institut européen des *ombudsmen*²⁷⁸⁴. Organe de coordination de l'action des *ombudsmen* ibériques et latino-américains, la Fédération ibéroaméricaine se définit comme un forum pour la coopération et l'échange d'expériences œuvrant en faveur de la promotion de la culture des droits de l'homme et la diffusion de l'institution de l'ombudsman dans les régions géographiques relevant de sa « *jurisdiction* »²⁷⁸⁵.

1115. Pour mener à bien cette mission, sont régulièrement organisés des ateliers de travail conjoints aux différentes institutions composant la Fédération, dont les *ombudsmen* ibériques.

²⁷⁷⁹ Sur ce point, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 60-61.

²⁷⁸⁰ *Ibid.*, pp. 98 et ss.

²⁷⁸¹ A.J. de Sousa, op. cit., p. 20.

²⁷⁸² La première édition de cette table ronde se déroula d'ailleurs à Madrid en 1985 (en ce sens, v. A. Mora, op. cit., p. 97).

²⁷⁸³ En ce sens, v. M.Á. Cortés Martín, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 313.

²⁷⁸⁴ A. Rovira Viñas, « Introducción », op. cit., p. 49.

²⁷⁸⁵ A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., pp. 61-62.

Membres fondateurs de la Fédération²⁷⁸⁶, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se présentent, en effet, comme deux institutions particulièrement actives dans le cadre des programmes d'étude et de recherche proposés par ce forum international²⁷⁸⁷. C'est ainsi qu'en avril 1997 le Défenseur du Peuple organisa, à Tolède, le II^e Congrès annuel de la Fédération ibéroaméricaine. Abordant des thèmes aussi variés que les droits économiques et sociaux, les droits des femmes et le rôle de l'ombudsman dans le domaine de l'administration de la justice²⁷⁸⁸, ce Congrès fut également l'occasion pour le Défenseur espagnol d'être élu, pour un mandat de deux ans, Président de la Fédération²⁷⁸⁹. Et c'est en qualité de Président de cette Fédération que le Défenseur du Peuple prononça, en avril 1999, à Genève, une déclaration orale au cours de la 55^e période de sessions de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies²⁷⁹⁰. Plus récemment, le Défenseur Enrique Múgica Herzog intervenait à l'occasion du VII^e Congrès annuel de la Fédération, organisé en 2002 à Lisbonne par son voisin portugais, sur le droit des citoyens à la bonne administration²⁷⁹¹. Indépendamment de sa contribution à l'organisation des congrès de la Fédération ibéroaméricaine²⁷⁹², le *Provedor de Justiça* n'hésite pas, pour sa part, à faire partager, auprès de ses homologues latino-américains, son expérience dans le domaine des droits fondamentaux en publiant certaines de ses études au sein des rapports annuels de la Fédération²⁷⁹³. Ce fut par exemple le cas de l'étude monographique élaborée en 2008 et consistant dans un récapitulatif de l'activité de l'institution dans le domaine de l'immigration, des droits des femmes, des droits des enfants, de la protection de la santé et de la surveillance du système pénitentiaire²⁷⁹⁴.

1116. S'inscrivant dans la continuité logique de leur contribution à la diffusion du modèle ibérique de l'ombudsman en Amérique latine, cet engagement du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* au sein de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen* offre une chance unique pour les *ombudsmen* latino-américains de s'inspirer de l'expérience de leurs homologues ibériques dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine. Il participe, plus largement, à l'accouchement d'un phénomène d'acculturation se traduisant, à terme, par l'émergence d'un mimétisme pour le moins troublant entre, d'un côté, l'activité des *ombudsmen* ibéroaméricains et, d'un autre côté, celle du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais. En atteste, la place centrale occupée par la problématique des droits-sociaux créances dans l'activité des *ombudsmen* d'Amérique latine et la participation active de ces

²⁷⁸⁶ Sur ce point, v. not. : A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », *op. cit.*, p. 21 ; A. Rovira Viñas, *op. cit.*, p. 46.

²⁷⁸⁷ En ce sens, v. par ex. H. Nascimento Rodrigues, « Apresentação », in *Ombudsman, novas competências, novas funções, VII^e Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman, Lisboa 18 a 20 de novembro de 2002*, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁸⁸ *II^e Congreso anual de la Federación iberoamericana de defensores del pueblo, Toledo, 14 a 16 de abril 1997, Memoria*, [en ligne]. Disponible sur [www.defensordelpueblo.es].

²⁷⁸⁹ A. Mora, *op. cit.*, p. 100.

²⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 102.

²⁷⁹¹ *Ombudsman, novas competências, novas funções, VII^e Congresso Anual da Federação Ibero-americana de Ombudsman, Lisboa 18 a 20 de novembro de 2002*, *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁹² Pour une approche détaillée de cette question v. A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁷⁹³ *Ibid.*, p. 22.

²⁷⁹⁴ *Provedor de Justiça, Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário*, *op. cit.*

derniers au processus de promotion de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux et de diffusion des valeurs de l'Etat de droit à l'échelle internationale²⁷⁹⁵.

1117. Pour en terminer sur ce point, il convient de souligner que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* trouvent également à coopérer avec leurs homologues étrangers en dehors des forums internationaux d'*ombudsmen*. C'est ainsi qu'en mai 1992, le Défenseur du Peuple prit l'initiative d'organiser à Madrid, en collaboration avec les pays participant à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, les journées de rencontre entre *ombudsmen* et autres institutions de défense des droits de l'homme, tandis qu'en mars 1995 il participait à la première Rencontre Europe-Afrique des *ombudsmen* nationaux, organisée à Paris par le Médiateur de la République française²⁷⁹⁶. Par ailleurs, peut être soulignée sa présence, en 2001, à la présentation du Programme régional de soutien aux Défenseurs du peuple latino-américains et de l'Accord pour la création d'une chaire des droits de l'homme au sein de l'université d'Alcalá de Henares²⁷⁹⁷.

1118. Dans un registre quelque peu différent, le *Provedor de Justiça* collabore activement, à l'échelle européenne, avec les *ombudsmen* sectoriels nationaux spécialisés dans la protection des enfants, comme en témoigne son intégration dans le Réseau européen des défenseurs des enfants. Avec pour principal objectif la promotion et la protection des droits des mineurs, cette organisation supra-étatique, créée en 1997, offre à l'institution portugaise la possibilité, non seulement de s'inspirer du travail réalisé par les défenseurs européens des enfants dans le domaine de la protection de l'enfance, mais également de faire partager son expérience en cette matière. Pour ce faire, le *Provedor* n'hésite pas à participer aux conférences organisées par le Réseau européen, à l'image de celle réalisée à Strasbourg, du 7 au 9 octobre 2010, au sujet de l'écoute des enfants et de leur implication dans la promotion et la mise en œuvre de leurs droits²⁷⁹⁸.

1119. Animés par la volonté de partager leur expérience au-delà de leur domaine de compétence strictement national, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* entretiennent, en définitive, des rapports on ne peut plus étroits avec leurs homologues étrangers. S'inscrivant dans le cadre de leur activité de promotion des droits de la personne humaine sur la scène internationale, cette coopération avec les autres *ombudsmen* nationaux s'accompagne, de surcroît, d'une collaboration active avec les organisations internationales de protection des droits de l'homme.

B. La collaboration avec les organisations supra-étatiques de protection des droits de l'homme

1120. Jouissant d'une compétence régionale ou universelle, les organisations supranationales de protection des droits de l'homme peuvent être classées en fonction des objectifs qui leurs

²⁷⁹⁵ En ce sens, v. J. Santistevan de Noriega, « El Defensor del Pueblo en Iberoamérica », *op. cit.*, pp. 984 et ss.

²⁷⁹⁶ Rapporté par A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 103.

²⁷⁹⁸ Sur l'ensemble de ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à A.J. de Sousa, *op. cit.*, p. 24.

sont assignés²⁷⁹⁹. Aux organisations à finalité générale, « dont les activités ne sont pas limitées à un domaine particulier de coopération et qui peuvent couvrir toutes les matières jugées utiles, soit sans limitation aucune – c’est le cas de l’ONU –, soit en excluant expressément un secteur d’activité prédéterminé – les questions de défense au Conseil de l’Europe »²⁸⁰⁰, s’opposant les organisations à finalité sectorielle, à l’image de l’Organisation internationale du travail, l’Organisation des nations unies pour l’éducation, la science et la culture, ou, encore, l’Organisation mondiale de la santé, qui exercent leurs activités dans des domaines bien spécifiques²⁸⁰¹.

1121. Comprenant en leur sein des mécanismes, juridictionnels ou non juridictionnels, de défense des droits de l’homme²⁸⁰², ces organisations supra-étatiques entretiennent des liens étroits avec les instances nationales de sauvegarde des droits fondamentaux, dont les *ombudsmen* spécialisés, dans le but de garantir une meilleure protection des droits de la personne humaine à l’échelle internationale. S’exprimant avec une acuité particulière de l’autre côté des Pyrénées, cette interaction entre les organes internationaux de défense des droits et libertés et les *ombudsmen* nationaux, soulignée à plusieurs reprises par la doctrine ibérique²⁸⁰³, reflète à son tour l’entreprise de promotion des droits fondamentaux à l’échelle internationale poursuivie par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. Considérés comme des partenaires essentiels par les instances supra-étatiques intervenant dans le domaine des droits et libertés²⁸⁰⁴, le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais se proposent, en effet, d’œuvrer auprès des organisations internationales en tant que sujets intermédiaires afin que ces dernières soient en mesure d’apprécier le degré d’effectivité des droits fondamentaux à l’échelle nationale et, ce faisant, d’orienter leur action conformément aux attentes des citoyens²⁸⁰⁵.

1122. En somme, et comme le souligne plus largement Beatrice Alamanni de Carrillo, ancienne *Procuradora* pour la défense des droits de l’homme du Salvador, les *ombudsmen* nationaux s’avèrent en mesure de jouer un véritable rôle d’*amicus curiae* auprès des organisations internationales de défense des droits de l’homme²⁸⁰⁶. Pour ce faire, certains d’entre eux, à l’instar du *Procurador* salvadorien²⁸⁰⁷ et, surtout, pour ce qui nous intéresse ici,

²⁷⁹⁹ A. Weber, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l’homme*, op. cit., p. 21.

²⁸⁰⁰ M. Díez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, Economica, Paris, 2002, p. 15.

²⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁸⁰² A. Weber, op. cit., p. 21.

²⁸⁰³ C. Carciner Díez, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 139 ; A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », op. cit., pp. 14-16 ; F. García Vicente, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 106-107 ; L. Villalba Benítez, *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, op. cit., pp. 88-89 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular*, op. cit., pp. 178 et ss.

²⁸⁰⁴ A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », op. cit., p. 14.

²⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 58.

²⁸⁰⁶ B. Alamanni de Carrillo, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 56.

²⁸⁰⁷ A titre d’exemple, Beatrice Alamanni de Carrillo rapporte en ce sens que le *Procurador* pour la défense des droits de l’homme n’a pas hésité à transmettre au Comité de la liberté syndicale de l’Organisation internationale

du *Provedor de Justiça*²⁸⁰⁸, n'hésitent pas à transmettre leurs rapports annuels d'activité, voire leurs rapports monographiques, aux instances supra-étatiques de défense des droits fondamentaux²⁸⁰⁹. Or, au-delà de l'importante source d'informations que constituent de tels rapports pour les organisations internationales, cette initiative du *Provedor de Justiça* permet de faire contrepoids à l'obligation imposée par certaines organisations à l'Etat portugais de rendre compte du degré d'effectivité des droits et libertés conventionnellement garantis²⁸¹⁰ en offrant un regard plus critique sur l'état des droits et libertés au Portugal. Initiative d'autant plus louable que les conclusions et les recommandations adressées, en retour, par les organes internationaux permettent au *Provedor* de prendre connaissance des insuffisances existantes dans l'application des conventions internationales de protection des droits de l'homme²⁸¹¹.

1123. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le *Provedor de Justiça* compte parmi les institutions régulièrement consultées par le Commissaire européen des droits de l'homme, le Comité de prévention de la torture ou, encore, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance²⁸¹². La connaissance et l'expérience accumulées par l'ombudsman portugais dans l'exercice de ses fonctions lui permettent, en effet, de fournir aux entités internationales des informations objectives et détaillées sur la situation des droits de l'homme au Portugal²⁸¹³. C'est ainsi que dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, le *Provedor* se présente comme un interlocuteur et un partenaire privilégié du Haut commissaire aux droits de l'homme. A ce titre, il contribue activement au développement de l'activité de cet organe de garantie en participant, à ses côtés, à divers forums intéressant les droits de la personne humaine²⁸¹⁴. Institution nationale de garantie des droits de l'homme accréditée, depuis 1999, de la note la plus élevée par le Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme²⁸¹⁵, le *Provedor de Justiça* se trouve plus largement autorisé à participer aux réunions du Conseil

du travail, au Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des Nations Unies et à la Commission interaméricaine des droits de l'homme un rapport spécial faisant état de la suppression de postes dans la fonction publique salvadorienne, source de violation des droits des travailleurs et des employés du public (*Ibid.*, pp. 56-57).

²⁸⁰⁸ En ce sens, v. C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, *op. cit.*, p. 179.

²⁸⁰⁹ Sur ce point, v. not. : B. Alamanni de Carrillo, *op. cit.*, pp. 54-55 ; C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 179.

²⁸¹⁰ C'est par exemple le cas au sujet de la Charte sociale européenne ou de la Convention-cadre pour la protection des mineurs nationaux (rapporté par C. Sampaio Ventura, *op. cit.*, p. 179).

²⁸¹¹ *Ibid.*

²⁸¹² *Ibid.*

²⁸¹³ En ce sens, v. A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », *op. cit.*, p. 15.

²⁸¹⁴ Sur ces questions, v. Provedor de Justiça, « Relações internacionais », *op. cit.*

²⁸¹⁵ Organe créé en 1993, le Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme a pour fonction d'apprécier la conformité des institutions nationales de garantie des droits de l'homme avec un certain nombre d'exigences d'impartialité, de pluralité et, plus largement, statutaire fixées par la résolution n° 48/134 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 décembre 1984. Connues sous le nom des « principes de Paris », ces exigences sont considérées comme un minimum à respecter par les institutions nationales de défense des droits de l'homme dans l'optique d'une pleine indépendance et d'une véritable efficacité de leur action. L'évaluation opérée par le Comité international de coordination peut donner lieu à trois classifications : A (pleinement conforme), B (certains aspects non conformes) et C (non conforme) (sur ce point, v. A.J. de Sousa, *op. cit.*, p. 14).

des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies²⁸¹⁶. De même, à l'échelle de l'Union européenne, se doit d'être mentionnée la collaboration avec l'Agence des droits fondamentaux²⁸¹⁷, dont l'objet est de fournir aux institutions et aux organes de l'Union et de ses États membres l'aide et l'expertise nécessaire pour définir les mesures et les actions appropriées aux exigences des droits fondamentaux²⁸¹⁸. Par ailleurs, la présence du *Provedor de Justiça* au sein de la Commission nationale portugaise pour les droits de l'homme, institution dépendante du ministère des affaires étrangères spécialement aménagée pour coordonner la position des différents représentants du gouvernement portugais au sein des organisations supra-étatiques de défense des droits de l'homme, permet, à son tour, à l'ombudsman portugais de collaborer avec les instances supra-étatiques de garantie et, ce faisant, de contribuer à la promotion des droits fondamentaux à l'échelle internationale²⁸¹⁹.

1124. A l'identique de son voisin portugais, le Défenseur du Peuple collabore activement avec les organisations internationales de défense des droits de l'homme. On en veut pour preuve sa participation à de nombreuses conférences et réunions internationales consacrées la problématique des droits fondamentaux²⁸²⁰. De façon encore plus remarquable, le Défenseur du Peuple contribue à l'évolution de la législation supranationale dans le sens des exigences des droits fondamentaux. Un exemple en ce sens est donné par la recommandation 14/2005 suggérant au ministre de l'industrie, du tourisme et du commerce espagnol de promouvoir au niveau européen et international l'harmonisation de la législation relative à la lutte contre la pornographie infantile sur internet²⁸²¹. Accueillie favorablement, cette recommandation a

²⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 15.

²⁸¹⁷ Rapport par Provedor de Justiça, « Relações internacionais », *op. cit.*

²⁸¹⁸ Dans le cadre de cette collaboration, le *Provedor de Justiça* a participé à certains événements organisés par l'Agence des droits fondamentaux, tel que le Symposium sur les mécanismes institutionnels de protection et de promotion des droits fondamentaux dans l'Union européenne, organisé à Vienne les 6 et 7 mai 2010, et la III^e Conférence des droits fondamentaux, consacrée au thème « Assurer la justice et la protection pour tous les enfants », tenue à Bruxelles les 7 et 8 décembre 2010 (sur ce point, v. A.J. de Sousa, *op. cit.*, pp. 30-31).

²⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁸²⁰ Par exemple, l'institution espagnole a participé, en février 2000, au séminaire sur les procédures de recours dont jouissent les victimes d'actes de racisme, organisé à Genève par le Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme en préparation de la Conférence mondiale contre le racisme (A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, pp. 102-103). Ou, encore, sa présence, en 2001, à Bruxelles, lors de la Conférence, organisée par l'Ombudsman européen, sur *les ombudsmen contre la discrimination* (*Ibid.*, p. 103). En atteste, surtout, la Réunion intercontinentale sur la protection des droits de l'homme, organisée à Madrid, les 24 et 25 avril 2002, entre divers *ombudsmen* nationaux et régionaux et plusieurs représentants d'organisations internationales chargées d'une mission de défense des droits fondamentaux, à l'instar du Commissaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, de l'Ombudsman européen et de la Cour européenne des droits de l'homme (*Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*). Organisée par le Défenseur espagnol, avec le soutien de la Commission européenne, cette réunion, s'inscrivant dans une perspective d'échange et de diffusion des droits de l'homme à l'échelle internationale, a été l'occasion d'aborder des thèmes aussi variés que la question de la protection des droits de l'homme par les institutions supranationales (*Ibid.*, pp. 37 et ss), la démocratie et la protection des droits de l'homme (*Ibid.*, pp. 159 et ss) ou, encore, l'abolition de la peine de mort et de la torture (*Ibid.*, pp. 205 et ss).

²⁸²¹ Recommandation n° 14/2005 du 22 février 2005 afin que dans le cadre de la lutte contre la pornographie infantile soit encouragée, à l'échelle européenne et dans l'ensemble des organismes internationaux, l'harmonisation des législations pénales, in *Defensor del Pueblo, Recomendaciones y sugerencias 2005*, Madrid, 2006, pp. 47 et ss.

conduit les administrations concernées à s'adapter aux mesures requises par le Défenseur espagnol pour garantir leur correct développement, à l'échelon tant national qu'eupéen²⁸²².

1125. Collaborateurs privilégiés des instances internationales de protection des droits de la personne humaine, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* entretiennent toutefois des rapports plus ou moins prononcés selon les instances considérées. Certaines d'entre elles, très certainement en raison de leur configuration institutionnelle sensiblement identique à celle des *ombudsmen* ibériques, trouvent davantage à collaborer avec le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais. C'est évidemment le cas de l'Ombudsman eupéen qui se présente comme un relais bienvenu du travail fourni par les *ombudsmen* espagnol et portugais à l'échelle de l'Union eupéenne. Se proposant d'agir là où ses homologues nationaux ne disposent pas des compétences nécessaires pour intervenir²⁸²³, ce dernier, en vue de renforcer l'efficacité de ses enquêtes et de sa fonction de sauvegarde des droits et des intérêts des personnes qui déposent des plaintes devant lui, se trouve expressément habilité, aux termes de l'article 5 de la décision du Parlement eupéen du 9 mars 1994²⁸²⁴, à coopérer avec les organes analogues existant au sein de certains Etats membres de l'Union eupéenne. A cet effet, de nombreuses rencontres ont été organisées entre l'Ombudsman eupéen et ses homologues nationaux, auxquelles ont systématiquement pris part le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, dans le but d'établir une collaboration permanente et solide entre ces deux catégories d'institutions²⁸²⁵. Cette collaboration établie, les relations entre l'Ombudsman eupéen et ses homologues ibériques se sont, par la suite, davantage orientées vers des problématiques d'ordre matériel²⁸²⁶.

1126. Cette collaboration privilégiée avec certaines organisations internationales de défense des droits et libertés s'exprime également vis-à-vis du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Avec pour fonction principale la promotion et le respect des droits de l'homme au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, cette institution, créée en

²⁸²² En ce sens, v. F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramós Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 62.

²⁸²³ En ce sens, v. J. Menéres Pimentel, « L'ombudsman portugais », *op. cit.*, p. 69.

²⁸²⁴ Décision du Parlement eupéen du 5 mars 1994 concernant le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions du médiateur, *J.O.C.E.*, n° L 113 du 4 mai 1994, p. 15.

²⁸²⁵ Une première réunion en ce sens fut organisée à Barcelone les 29 et 30 octobre 1997. Dans la continuité de cette première rencontre fut célébrée, les 11 et 12 novembre 1999 à Florence, la Conférence eupéenne des *ombudsmen* et des commissions régionales pour les pétitions et leur collaboration avec l'Ombudsman eupéen (pour une approche approfondie de ces questions, v. F. García Vicente, « Instrumentos supranacionales reguladores de figuras defensoriales (Unión Europea, Consejo de Europa, institutos especializados) », in *XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, op. cit.*, pp. 35-36).

²⁸²⁶ C'est ainsi qu'en septembre 2001, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* participaient au séminaire, organisé à Bruxelles par l'Ombudsman eupéen, sur *Les ombudsmen contre la discrimination* (F. García Vicente, *op. cit.*, p. 36). A cette occasion, le *Provedor* portugais effectua une intervention consacrée au rôle de l'ombudsman dans le système pénitentiaire. Intervention publiée en 2002 dans les actes relatifs à cette journée d'étude (En ce sens, v. A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspectivas para um paradigma secular », *op. cit.*, p. 20). En octobre 2004, le *Provedor* portugais, Henrique Nascimento Rodrigues, accueillait son homologue portugais, Nikiforos Diamandouros, dans le cadre d'une conférence tenue à l'Université de droit de Lisbonne sur le thème des droits fondamentaux au sein de l'Union eupéenne et l'Ombudsman eupéen (*Ibid.*). Plus récemment, l'institution portugaise assistait à la cérémonie de commémoration du 15^{ème} anniversaire de l'Ombudsman eupéen se déroulant à Bruxelles le 27 septembre 2010 (*Ibid.*).

1999²⁸²⁷, se trouve investie, selon les dires mêmes du premier représentant de la fonction, Álvaro Gil-Robles²⁸²⁸, d'une mission très proche de celle d'un ombudsman. Se retrouvant sur le terrain des modalités d'intervention, dans la mesure où le Commissaire aux droits de l'homme, s'il n'est pas habilité à recevoir des plaintes, peut, en revanche, adresser des recommandations et des suggestions, ce lien de parenté avec l'ombudsman spécialisé favorise inévitablement une collaboration privilégiée avec le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*²⁸²⁹. Et ce d'autant plus que la résolution instituant le Commissaire européen aux droits de l'homme facilite dans une importante mesure une telle collaboration. Tandis que son article 3 précise que le Commissaire, d'une part, utilise et coopère avec les structures nationales de protection des droits de l'homme et, d'autre part, favorise l'action des *ombudsmen* nationaux, son article 5 prévoit que le Commissaire peut intervenir sur la base des informations que lui font parvenir, entre autres, les *ombudsmen* nationaux²⁸³⁰. A ce titre, des réunions annuelles sont régulièrement organisées par le Commissaire aux droits de l'homme avec les *ombudsmen* européens²⁸³¹, dont le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais, sur des questions d'ordre divers, telles que la protection des droits des étrangers et des minorités ethniques, la lutte contre le terrorisme et la réglementation du droit d'asile en Europe²⁸³².

1127. En définitive, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, loin de s'enfermer dans une approche strictement nationale de leur fonction de défense des droits de la personne humaine, s'efforcent, en dépit du silence des textes de référence sur la question, de promouvoir la protection des droits et libertés à l'échelle internationale. Rien de très surprenant toutefois ! A l'heure où l'ensemble des activités de la vie humaine sont happées par la mondialisation, où la globalisation incarne tout et s'incarne en tout, à commencer par l'économie, mais également le politique, l'art, la culture ou, encore, la technologie, « les questionnements deviennent peu ou prou identiques au travers des cinq continents, surtout

²⁸²⁷ Résolution (99) 50 sur le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe adoptée par le Comité des ministres le 7 mai 1999.

²⁸²⁸ L'ancien Défenseur du Peuple Álvaro Gil-Robles a effectivement occupé la fonction de Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 15 octobre 1999 au 31 mars 2006.

²⁸²⁹ Sur ces questions, v. en part. Á. Gil-Robles, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 39-40.

²⁸³⁰ Résolution (99) 50 sur le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, op. cit.

²⁸³¹ La première en date, célébrée le 1^{er} décembre 2000 à Paris, était justement consacrée aux compétences respectives du Haut commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et des *ombudsmen* européens et à la possibilité d'établir des rapports de coopération entre ces deux catégories d'institutions (Rapporté par F. García Vicente, « Instrumentos supranacionales reguladores de figuras defensoriales (Unión Europea, Consejo de Europa, institutos especializados) », op. cit., p. 45). En ce sens, fut abordée l'importance de partager des informations sur les activités et les projets communs au Commissaire européen et aux *ombudsmen* nationaux, ainsi que la possibilité pour le Commissaire de rencontrer, lors de ses visites dans les pays membres du Conseil de l'Europe, les *ombudsmen* nationaux afin d'obtenir des informations précises sur l'état des droits de l'homme à l'échelon étatique (*Ibid.*, pp. 45-46). C'est dans le cadre d'un tel contexte que doit être appréhendée la réception du Commissaire aux droits de l'homme par le *Provedor de Justiça* en 2003. En visite officielle à Lisbonne dans le but de préparer son rapport annuel sur la situation des droits de l'homme au Portugal, le Commissaire a, de cette façon, pu s'entretenir de la question avec l'institution portugaise (A.J. de Sousa, « A actividade internacional do Provedor de Justiça. Novas perspetivas para um paradigma secular », op. cit., p. 30).

²⁸³² Sur l'ensemble de ces questions, v. en part. Á. Gil-Robles, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 41.

dès qu'il est question de droits fondamentaux »²⁸³³. Dans ces conditions, les *ombudsmen* ibériques, en tant qu'organes disposant d'une compétence privilégiée de défense des droits fondamentaux, ne sauraient demeurer spectateurs de ce mouvement de mondialisation. Au contraire, leur statut de gardiens des droits de la personne humaine leur commande d'en devenir, sinon les principaux acteurs, des acteurs de premier plan. En d'autres termes, parce que « *la globalisation induit une internationalisation des systèmes et des comportements judiciaires nationaux et non pas une "nationalisation" du droit et des procédures internationales qui fait partie aujourd'hui d'un autre temps* »²⁸³⁴, les *ombudsmen* ibériques se doivent d'être tournés vers l'extérieur, de s'ouvrir aux entités analogues structurant la scène internationale. S'exprimant à travers un double mouvement de sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux et de collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de garantie des droits fondamentaux, cette activité du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais à l'échelle internationale se révèle indiscutablement riche.

1128. Reste toutefois à se demander quels enseignements en tirer du point de vue de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. A l'évidence, la critique ne peut être que positive. Tandis que l'entreprise de sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux, spécialement dans sa forme non juridictionnelle, favorise la diffusion du modèle ibérique de l'*ombudsman* dans de nombreuses régions du globe, la collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de protection des droits et libertés accouche, pour sa part, d'un vaste réseau international œuvrant, à son tour, en faveur de la diffusion de l'institution de l'*ombudsman* à travers le monde et de l'effectivité des droits de la personne humaine à l'échelon supranational. En somme, un réseau encourageant non seulement le mouvement d'universalisation des droits de l'homme, mais également le processus de globalisation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à l'échelle supra-étatique. Fédérant les *ombudsmen* nationaux du monde occidental, ce réseau, au fur et à mesure du mouvement de diffusion de l'*ombudsman* au sein des démocraties émergentes, s'étend progressivement, et c'est là sa force, à l'ensemble des régions du monde. La structure ainsi constituée permet de tisser une toile dont le maillage garantit l'effectivité des intérêts communs à l'humanité, mais aussi la prise en compte de besoins plus spécifiques à certaines régions du globe, à travers, notamment, les forums régionaux d'*ombudsmen*. Composés d'*ombudsmen* ressortissant de pays partageant une histoire, une culture, des valeurs similaires, ces forums internationaux, à l'instar de la Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen*, se présentent effectivement comme des structures propices à l'échange de vues dans une perspective de résolution de problématiques communes.

1129. Au total, le double mouvement de sensibilisation et de coopération entrepris par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* converge en faveur de l'édification d'un patrimoine commun de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à l'échelle internationale, patrimoine de nature à garantir l'effectivité des droits et libertés à l'échelon

²⁸³³ L. Burgogue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention du Bruno Genevois », *op. cit.*, p. 120.

²⁸³⁴ *Ibid.*, p. 96.

supra-étatique et dont chaque ombudsman national peut s'inspirer en vue de mener à bien ses fonctions au sein de son propre système juridique interne. En cela, l'activité internationale des *ombudsmen* ibériques favorise l'émergence de valeurs humanistes universelles particulièrement bienvenues à l'heure où le phénomène, toujours plus prononcé, de mondialisation s'opère trop souvent, sinon au détriment des droits de l'homme²⁸³⁵, en marge de ces derniers. De nature à confirmer la thèse selon laquelle la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux revêt un caractère indispensable, cette activité permet, en d'autres termes, d'insuffler au processus de globalisation une culture des droits fondamentaux.

1130. Conclusion du Chapitre 1. Contribuant non seulement au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale, mais également à la promotion de ces mêmes droits à l'échelle internationale, l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* se trouve, en définitive, à l'origine d'avancées indiscutables dans le domaine des droits de la personne humaine. L'analyse du contenu matériel de l'activité des deux institutions, sur la base, notamment, de leurs rapports annuels d'activité, révèle, en effet, que les *ombudsmen* ibériques remplissent leur mission de défense des droits et libertés avec une grande efficacité. De nature à confirmer le caractère indispensable de cette forme de protection non juridictionnelle de l'autre côté des Pyrénées, une telle consolidation des droits fondamentaux se révèle nécessairement plus mesurée en France.

²⁸³⁵ Encore que, poussée à son paroxysme, la loi du marché, telle que l'entendent les auteurs les plus libéraux, à l'instar de Milton Friedmann et de Friedrich Hayek, réduit à néant toute possibilité d'intervention étatique dans le domaine des droits économiques et sociaux. Pronant un système d'autogestion prohibant tout détournement de flux de richesses vers telle ou telle catégorie de personnes, afin de ne pas fausser le jeu du système économique libéral, la loi du marché emporte, en effet, le risque de ne laisser aucun sens ni contenu à la justice sociale (sur ce point, v. J. Ribs. « Droits de l'homme et mondialisation », in *Mondialisation et pauvreté*, *Revue Quart Monde*, 2008, n° 175, [en ligne]. Disponible sur [www.editionsquartmonde.org]).

Chapitre 2 – Une réussite sans doute plus mesurée en France

1131. Difficilement perceptible au moyen d'une étude strictement théorique de la structure nouvellement mise en place, l'efficacité du Défenseur des droits ne peut être véritablement appréciée qu'au détour d'une approche pragmatique consistant dans un examen concret de son action. L'exercice n'en demeure pas moins délicat dès l'instant où, à la différence de ses homologues ibériques, le Défenseur des droits ne compte que quelques mois d'activité et, par conséquent, ne saurait offrir un recul suffisant pour porter un jugement définitif quant à son véritable apport pour les droits de la personne humaine²⁸³⁶. Il est d'autant plus délicat que si le premier rapport annuel du Défenseur des droits renseigne sur l'activité matérielle de l'institution, celui-ci « *rend compte d'une période de transition : d'abord un trimestre durant lequel les quatre autorités administratives indépendantes fonctionnaient de manière autonome ; ensuite un trimestre d'incertitude après l'adoption de la loi organique du 29 mars 2011 jusqu'à la nomination du Défenseur des droits le 22 juin ; enfin, un semestre d'installation et de démarrage de la nouvelle Institution* »²⁸³⁷. En somme, de nombreux points demeurent en suspend à ce jour si bien que la plus grande prudence est de mise à l'heure de dresser un premier bilan de l'action du Défenseur des droits.

1132. Sous couvert de ces précisions, force est de reconnaître que le Défenseur français, en dépit d'une filiation évidente avec le modèle ibérique de l'ombudsman, ne saurait proposer, en l'état actuel du droit positif, une protection aussi aboutie que celle offerte par ses homologues espagnol et portugais. Accusant certaines carences institutionnelles en comparaison au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, le Défenseur des droits soulève, au surplus, de nombreuses interrogations liées à la spécificité de son processus de création. Sans oublier que la proximité avec les *ombudsmen* ibériques s'efface derrière la différence de contexte de mise en place de l'institution française, l'introduction de l'ombudsman spécialisé au sein du système juridique français ne répondant, contrairement au Défenseur espagnol et au *Provedor* portugais, à aucune exigence d'ancrage des valeurs de l'Etat de droit à la sortie d'une longue période de dictature. Nécessairement en deçà du modèle ibérique (Section 1), l'apport du Défenseur des droits ne saurait, pour autant, être totalement nul. Au contraire, les premiers pas de l'institution offrent à constater que le Défenseur des droits, non seulement contribue au renforcement des droits fondamentaux anciennement protégés par les autorités regroupées en son sein, mais favorise également des avancées similaires à celles proposées par ses homologues espagnol et portugais. Il s'ensuit que l'apport du Défenseur des droits pour les droits et libertés fondamentaux, à défaut d'être strictement équivalent à celui des *ombudsmen* ibériques, est loin d'être négligeable (Section 2).

²⁸³⁶ En ce sens, le professeur Olivier Duhamel souligne, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité, que « *pour évaluer aussi précisément qu'honnêtement, il faut évidemment attendre une ou deux décennies de pratique* » (« La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 183)

²⁸³⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 5.

Section 1 – Un apport nécessairement en deçà du modèle ibérique

1133. Outre que le rôle central joué par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* dans le processus d’ancrage des droits de la personne humaine à la sortie des dictatures franquiste et salazariste demeure nécessairement étranger au Défenseur des droits, la rupture du lien jusque là existant entre la spécialisation de l’ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l’Etat de droit, à laquelle procède l’institution française²⁸³⁸, emporte le risque de nuire à l’efficacité de la mission confiée à cette nouvelle autorité. Car, indépendamment du fait que le Défenseur des droits ne bénéficiera pas du prestige de la mission initialement confiée aux *ombudsmen* ibériques, cette différence de contexte de mise en place, on l’a vu, est susceptible d’expliquer les carences institutionnelles dont il se trouve affecté. Libérés des exigences relatives au rétablissement des valeurs de l’Etat de droit après une période de dictature longue de près d’un demi-siècle, le constituant et le législateur français ont logiquement accordé moins d’attention à la configuration institutionnelle de l’ombudsman spécialisé que leurs homologues espagnol et portugais. De sorte que l’extranéité du Défenseur des droits au contexte d’apparition de l’*human rights ombudsman* de l’autre côté des Pyrénées, si elle ne saurait conduire à conclure à l’inopportunité de l’institution française, se révèle, néanmoins, de nature à influencer, de façon indirecte, sur l’efficacité de son action (§ 1).

1134. A cela s’ajoute les contraintes inhérentes aux spécificités mêmes du processus de création du Défenseur des droits. Comme l’écrit très justement le professeur Catherine Teitgen-Colly, « *loin d’être le seul et le premier, le défenseur des droits fait en France irruption dans un paysage riche d’autorités [...] déjà chargées de protéger les droits et les libertés. Le vide d’un côté des Pyrénées serait trop plein de l’autre ; et c’est dès lors pour répondre à un besoin, non d’une nouvelle autorité, mais d’ordonnancement de la multiplicité que place est faite au défenseur des droits dans le paysage politico-administratif français* »²⁸³⁹. Se proposant de rationaliser le système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits, le Défenseur des droits, à la différence de ses homologues ibériques, se présente, en effet, comme le résultat d’un processus original de regroupement d’une pluralité d’instances spécialisées dans la protection des droits fondamentaux déjà existantes au sein d’une structure unique. Or, ce processus original de création emporte un certain nombre de difficultés préjudicant, à leur tour, à l’effectivité de la mission attribuée à la nouvelle institution française (§ 2).

1135. Dans ces conditions, il apparaît difficile de suivre l’ancien garde des Sceaux Michel Mercier lorsqu’il affirme que le Défenseur des droits « *sera certainement l’ombudsman le plus puissant d’Europe* »²⁸⁴⁰.

²⁸³⁸ Sur ce point, v. l’annexe 1.

²⁸³⁹ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

²⁸⁴⁰ Cité par H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *Regards sur l’actualité*, La Doc. fr., Paris, 2011, n° 370, p. 68.

§ 1. Des carences institutionnelles préjudiciables à l'effectivité de la mission du Défenseur des droits

1136. Ouvertement inspiré du Défenseur du Peuple espagnol et, dans une moindre mesure, du *Provedor de Justiça* portugais, le Défenseur des droits n'en accuse pas moins des carences institutionnelles évidentes par rapport à ses homologues ibériques. Initialement conçue comme une copie conforme du Défenseur espagnol par le Comité Balladur, l'institution française, au fur et à mesure de son élaboration, s'est effectivement éloignée de ce modèle de référence. Ainsi considérée, quoique de façon excessive, comme une pâle réplique du Défenseur du Peuple par certains auteurs²⁸⁴¹, le Défenseur des droits, en dépit de nombreuses similitudes avec les *ombudsmen* espagnol et portugais, s'écarte du modèle ibérique de l'*human rights ombudsman* sur plusieurs points. Et la doctrine espagnole la plus familiarisée avec l'institution de l'*ombudsman* spécialisé ne s'y est pas trompée. Les études consacrées au Défenseur français pointant du doigt les insuffisances que présente cette nouvelle autorité par rapport au modèle espagnol dont elle entend s'inspirer²⁸⁴².

1137. De telles carences n'ont, pour autant, rien de très surprenant dès lors que le débat constituant et législatif relatif au Défenseur des droits a été bâclé sur de nombreux points. La question de la substitution du Défenseur des droits à certaines autorités indépendantes déjà existantes étant rapidement devenue le principal centre d'intérêt des débats²⁸⁴³, le constituant et le législateur ont perdu de vue certains aspects fondamentaux du modèle ibérique de l'*ombudsman*. Or, « l'idée de se doter d'un Défenseur des droits plus puissant que chacune des [...] autorités qu'il remplace, et que tout citoyen pourrait saisir, n'est pas forcément une mauvaise idée. Encore faut-il qu'il remplisse deux conditions, être indépendant et avoir des pouvoirs »²⁸⁴⁴. A l'évidence, et comme l'on fait remarquer de très nombreux auteurs²⁸⁴⁵, la configuration actuelle de l'institution, permet d'exprimer quelques réserves sur ces deux points.

1138. Indépendamment du caractère très lacunaire de l'article 71-1 de la Constitution²⁸⁴⁶, qui renvoie systématiquement à la loi organique pour préciser les contours de cette nouvelle

²⁸⁴¹ En ce sens, v. par ex. : S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 500-501 ; B. François, *La Constitution Sarkozy*, Odile Jacob, Paris, 2009, p. 164.

²⁸⁴² Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à : P. Requejo Rodríguez, *¿ Cuestión prioritaria y Defensor de los derechos : pervive la excepción francesa ?*, Civitas, Madrid, 1^{ère} éd., 2011 ; A. Sánchez Navarro, « La difícil articulación de una nueva institución : el *Defensor de los Derechos* francés », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 413 ; J.M. Sánchez Saudinós, « La insoportable levedad del ser : el Defensor de los Derechos establecido en la Constitución francesa », *Cuadernos de Derecho Público, Monográfico : La reforma de la Constitución francesa*, 2008, n° 34-35, p. 147.

²⁸⁴³ Sur cette question, v. O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 405.

²⁸⁴⁴ F. Krug, N. le Blevennec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le DD, un recul des contre pouvoirs ? », Rue89, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.rue89.com].

²⁸⁴⁵ Sur ce point, v. entre autres : Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4 ; M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *Petites affiches*, 2010, n° 133, p. 12 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1683 ; C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 412-413.

²⁸⁴⁶ En ce sens, v. not. : W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnalisée ? », *op. cit.*, p. 116 ; J.M. Sánchez Saudinós, « La insoportable levedad del ser : el Defensor de los Derechos establecido en

autorité²⁸⁴⁷, le mode de désignation du titulaire de la fonction de Défenseur des droits retenu laisse craindre à une possible instrumentalisation de l'institution par le pouvoir exécutif (A), tandis que l'absence de prérogatives de saisine du Conseil constitutionnel risque de préjudicier à sa fonction de défense des droits fondamentaux (B). En somme, deux insuffisances en profonde contradiction avec la place désormais occupée par la nouvelle institution dans le paysage constitutionnel²⁸⁴⁸.

A. Le risque d'instrumentalisation du Défenseur des droits en raison de son mode de nomination

1139. Principale critique formulée par la doctrine à l'encontre de la nouvelle institution²⁸⁴⁹, le système de nomination retenu pour le Défenseur des droits n'offrirait pas toutes les garanties d'indépendance à l'égard du chef de l'Etat. S'écartant du système de nomination ibérique reposant sur l'élection du titulaire de la fonction à une majorité renforcée de parlementaires, l'article 71-1 de la Constitution de 1958, en tant qu'il prévoit que le Défenseur est nommé par le Président de la République par décret en Conseil des ministres, après consultation de la commission permanente de chaque assemblée, ménage, en effet, un important pouvoir discrétionnaire au chef de l'Etat dans la mesure où l'avis rendu par ladite commission ne constitue qu'un avis simple qui ne devient juridiquement contraignant que s'il est négatif et recueille trois cinquièmes des suffrages exprimés²⁸⁵⁰. Hypothèse qui, on en conviendra, s'avère hautement improbable dans un contexte de phénomène majoritaire et de tendance à l'hyper-présidentialisation du régime²⁸⁵¹.

la Constitución francesa », *op. cit.*, p. 159 ; C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, p. 413 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1027.

²⁸⁴⁷ La Commission nationale consultative des droits de l'homme s'interrogeait à ce titre sur « *la portée réelle de cette nouvelle institution car le projet de loi constitutionnelle renvoie, à une loi organique, les "modalités d'intervention" du futur Défenseur des droits du citoyen et "les autres attributions dont il est investi" mais également "les conditions dans lesquelles il peut être assisté pour l'exercice de certaines de ses attributions". Il peut sembler contradictoire de vouloir graver dans le marbre la création d'une telle institution, tout en se prévalant d'une "approche pragmatique et progressive" qui multiplie les incertitudes sur la nature et le champ de la réforme envisagée* » (Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens » (Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la 5^{ème} République), *op. cit.*, p. 2).

²⁸⁴⁸ M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁴⁹ En réalité, il semblerait que parmi l'ensemble des études doctrinales consacrées au Défenseur des droits qui abordent la question de la nomination du représentant de l'institution, seule celle du professeur Olivier Dord considère le mode de désignation retenu adapté à la fonction nouvellement créée (« Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *op. cit.*, p. 961).

²⁸⁵⁰ A cet égard, la sénatrice Alima Boumediene-Thiery estime que l'article 13 « *n'encadre nullement le pouvoir de nomination du chef de l'État, dans la mesure où les commissions des assemblées ne peuvent s'opposer à la décision du Président de la République qu'à la faveur d'un avis négatif réunissant les trois cinquièmes de leurs membres. Le pouvoir ainsi offert au Parlement est totalement illusoire et largement inutilisable ! Dès lors, le Président de la République sera en réalité le seul commandant à bord : il pourra choisir le candidat qui lui conviendra* » (J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4345).

²⁸⁵¹ A l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, la sénatrice Nicole Borvo Cohen-Seat affirmait en ce sens : « *J'ai immédiatement exprimé mes inquiétudes quant à la nomination, dans un système hypermonarchique, du Défenseur des droits par le Président de la République et quant aux conséquences, dans un tel système, de l'hypercentralisation de la défense des droits !* » (J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4353).

1140. Soulignée par de nombreux auteurs et parlementaires, la potentielle mainmise de l'exécutif sur la nouvelle institution ne saurait, de toute évidence, être minimisée dès lors que l'indépendance se présente certainement comme la condition préalable indispensable au succès de la fonction de protection des droits de la personne humaine attribuée à l'ombudsman spécialisé. A cet égard, le professeur Geneviève Koubi ne manque pas de rappeler que si « *le Défenseur des droits ne dispose pas d'une réelle indépendance à l'égard du pouvoir politique, ses actes demeureront toujours suspects* »²⁸⁵².

1141. De telles critiques peuvent toutefois apparaître quelque peu exagérées étant donné que le statut particulièrement protecteur dont jouit le Défenseur des droits compense dans une large mesure le mode de désignation pour le moins discutable retenu par le constituant français. Et ce d'autant plus que, comme il a été démontré précédemment, si le mode de nomination est susceptible d'influer, positivement ou négativement, selon ses conditions d'exercice, sur l'indépendance de l'institution, seul le statut dont bénéficie son titulaire, une fois nommé, permet véritablement d'apprécier ce degré d'indépendance.

1142. La prudence reste tout de même de mise en cette matière. S'il est évident que le statut dont jouit le Défenseur des droits lui offre des garanties suffisantes pour exercer son activité en toute indépendance, il n'en demeure pas moins que le mode de nomination retenu par le constituant laisse inévitablement planer un doute, ne serait-ce que du point de vue des apparences²⁸⁵³, quant à l'intégrité du représentant de l'institution. Car, si le mode de nomination des membres d'une institution ne saurait être considéré comme une condition suffisante pour garantir leur indépendance, certains systèmes de désignation, à l'instar du système d'élection parlementaire pure, se révèlent plus propices à la réalisation d'une telle exigence. Conjugué à la permissivité des textes de référence au sujet des conditions que doit satisfaire la personnalité postulant à la fonction de Défenseur des droits, ce mode de nomination alimente inévitablement les suspicions d'instrumentalisation de l'institution par le pouvoir exécutif. N'imposant aucune exigence de compétences ou de connaissances en matière juridique, la loi organique du 29 mars 2011 laisse effectivement le champ libre au chef de l'Etat à l'égard du choix de la personnalité pour incarner la fonction de Défenseur des droits. On peut certes supposer, avec le professeur Jean-Louis Autin, « *que le Président de la République effectuera un choix éclairé et retiendra un candidat compétent et irréprochable ; il n'en reste pas moins que la discrétion voire le silence des textes à ce sujet et, plus largement, à celui des membres des collèges des autorités administratives indépendantes laisse un sentiment d'inachevé* »²⁸⁵⁴. D'ailleurs, et sans remettre en cause les qualités personnelles de l'intéressé, il convient de constater que Dominique Baudis n'est nullement juriste. C'est là une différence de taille avec l'Espagne et le Portugal où, bien que les textes de référence soient tout aussi permissifs, les parlementaires se sont la plupart du temps accordés pour nommer des personnalités disposant de compétences juridiques aux fonctions de

²⁸⁵² G. Koubi, « Recoins constitutionnels : le "Défenseur des droits" », *op. cit.*

²⁸⁵³ Nicole Questiaux souligne en ce sens qu'« *il ne faut plus seulement être indépendant, mais le paraître aux yeux de tous* » (« Un Défenseur des droits ?... et après ? », communication au colloque Droit et démocratie, 8 décembre 2010. Rapporté par C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 417).

²⁸⁵⁴ J.-L. Autin, « Le statut du Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 429-430.

Défenseur du Peuple et de *Provedor de Justiça*²⁸⁵⁵. De surcroît, d'aucuns n'ont manqué de relever que les importantes responsabilités politiques que l'actuel Défenseur des droits a exercé par le passé pourraient être gênantes du point de vue des impératifs d'impartialité de sa mission²⁸⁵⁶.

1143. Quoi qu'il en soit, et indépendamment de la personnalité de l'actuel titulaire la fonction, on ne saurait totalement exclure l'hypothèse de nominations de personnalités effacées de la part du chef de l'Etat. Auquel cas est-il à peine besoin de préciser que l'effectivité de la mission confiée à l'institution s'en trouverait gravement affectée, le danger résidant évidemment dans une instrumentalisation du Défenseur « *aux fins d'une politique des droits à teneur essentiellement "symbolique"* »²⁸⁵⁷. Parce que la personnalisation de la fonction est une caractéristique dominante de l'ombudsman²⁸⁵⁸, la qualité de l'institution dépend, en effet, de celle de son dirigeant²⁸⁵⁹. Dans ces conditions, se doit d'être privilégiée la nomination d'une personnalité jouissant d'un haut degré de prestige, accessible, qui sache faire preuve d'indépendance, de neutralité politique et d'impartialité²⁸⁶⁰. En somme, une personne en mesure non seulement d'échapper à toute pression, mais également d'influer sur le cours des choses²⁸⁶¹. Exigence s'exprimant avec une acuité particulière s'agissant des premiers titulaires de la fonction dans la mesure où leur empreinte est bien souvent de nature à sceller le sort de l'institution²⁸⁶². Dans le cas contraire, il est à craindre, avec Florian Aumond, que les choix du Défenseur des droits « [...] ne soient dictés par un pouvoir extérieur. Auquel cas le Défenseur des droits sera seulement ce que ce dernier voudra qu'il soit. Autrement dit, bien peu de choses, car il est de l'essence de cette nouvelle autorité de se poser comme "tiers-pouvoir" »²⁸⁶³. Sans compter que l'absence de garanties qui entoure la nomination du Défenseur des droits s'étend automatiquement à ses adjoints puisque ces derniers sont nommés par le Premier ministre sur proposition du Défenseur lui-même²⁸⁶⁴.

²⁸⁵⁵ En Espagne, le premier Défenseur du Peuple, Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, était docteur en droit et professeur de philosophie du droit, le deuxième, Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, était docteur en droit et professeur de droit administratif, le troisième, Fernando Álvarez de Miranda y Torres, était professeur de droit processuel, le quatrième, Enrique Múgica Herzog, était avocat et a occupé la fonction de ministre de la justice. En réalité, seule l'actuelle Défenseur du Peuple, Soledad Becerril Bustamante, diplômée de lettres, ne dispose pas de compétences juridiques. Au Portugal, l'ensemble des personnalités qui ont occupé la fonction de *Provedor de Justiça*, à l'exception du premier *Provedor*, le Colonel Manuel Da Costa Braz, sont diplômés en droit et ont, pour la plupart, exercé une activité professionnelle en rapport avec le droit avant leur nomination au poste de *Provedor de Justiça*.

²⁸⁵⁶ En ce sens, le lecteur pourra utilement se référer à l'article publié dans l'édition des 5/6 juin 2011 du journal *Le Monde* : « Dominique Baudis, un homme de médias toujours rattrapé par la politique ».

²⁸⁵⁷ A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., p. 16.

²⁸⁵⁸ Y. Rodriguez, « "Le Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », op. cit., p. 1238.

²⁸⁵⁹ Cette idée est développée par le député Pierre Morel-A-L'Huissier (en ce sens, v. F. Koch, « Polémique autour du futur Défenseur des droits », *L'Express*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lexpress.fr]).

²⁸⁶⁰ En ce sens, v. en part. A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 181.

²⁸⁶¹ Sur ce point, v. P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », op. cit., p. 1282.

²⁸⁶² C'est le constat que dressait, en 1983, Patrice Chrétien au sujet de l'ancien Médiateur de la République (*Ibid.*, p. 1289).

²⁸⁶³ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », op. cit., p. 924.

²⁸⁶⁴ Cette problématique est notamment pointée du doigt par le sénateur Jean-Claude Peyronnet (en ce sens, v. *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4332).

Partant, il suffit que le représentant de l'institution soit sous ordre du politique pour que les adjoints qu'il aura choisis le soient également²⁸⁶⁵.

1144. Evidemment, on admettra, avec le professeur Bénédicte Delaunay, que les critiques formulées, par le passé, à l'encontre du mode de nomination de l'ancien Médiateur de la République n'ont pas été vaines. Au contraire, « [...] elles ont certainement contribué à affermir son indépendance, le pouvoir exécutif et le Médiateur n'ayant eu de cesse de les démentir par leur comportement »²⁸⁶⁶. En ce sens, le dernier titulaire en date de la fonction, Jean-Paul Delevoye, rejoint sur ce point par le professeur Jean-Louis Autin²⁸⁶⁷, n'a pas manqué de faire savoir que « ce n'est pas un texte qui fait la qualité d'une institution, mais la manière dont on la gère »²⁸⁶⁸. Avant d'ajouter : « On a quelquefois cherché à m'instrumentaliser, des lobbies, de grands cabinets d'avocats... Mais j'ai toujours été indépendant »²⁸⁶⁹. De surcroît, Dominique Baudis s'est voulu suffisamment rassurant, lors de son audition devant les commissions compétentes du Sénat et de l'Assemblée nationale, pour laisser espérer que la pratique efface rapidement ces craintes. A cet égard, il a notamment rappelé que sa nomination par décret en conseil des ministres à la tête du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne l'avait pas empêché d'exercer sa mission en toute indépendance et a assuré percevoir la fonction de Défenseur des droits, qu'il est le premier à occuper, dans l'impartialité et l'indépendance²⁸⁷⁰. Pour autant, si ses propos ont rassuré certains, ils n'ont, en revanche, pu dissiper le scepticisme d'autres.

1145. Scepticisme renforcé par le fait que le mode de nomination retenu par le constituant, au-delà d'un risque d'instrumentalisation de la fonction par le chef de l'Etat, prive, par ailleurs, le Défenseur des droits de la force politique et de la légitimité démocratique que lui aurait procuré l'élection par la représentation nationale²⁸⁷¹, ce qui ne va pas sans fragiliser l'autorité du représentant de l'institution. A ce titre, certains prétendants à la fonction de Défenseur, en tête desquels le principal instigateur de l'institution, Jack Lang, n'ont pas hésité à assimiler la nomination de Dominique Baudis à un choix politique. Invité sur le plateau de France télévision, l'ancien ministre de la culture, regrettant que la petite politique l'emporte parfois sur les intérêts supérieurs de l'Etat et de la nation, reprochait au Président Nicolas Sarkozy de s'être rendu coupable d'un détournement de la fonction de Défenseur des droits, telle qu'elle avait été imaginée par les initiateurs de l'institution, en nommant Dominique

²⁸⁶⁵ En ce sens, v. C. Teitgen-Colly, cité par F Krug, N. le Blevenec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le Défenseur des droits, un recul des contre pouvoirs ? », *op. cit.*

²⁸⁶⁶ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, p. 638.

²⁸⁶⁷ Selon Monsieur Autin, « l'indépendance d'un organisme s'acquiert dans l'accomplissement quotidien de la mission dont il est investi, plus qu'elle ne se décrète par des procédés juridiques particuliers » (« Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *op. cit.*, p. 337).

²⁸⁶⁸ F Krug, N. le Blevenec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le Défenseur des droits, un recul des contre pouvoirs ? », *op. cit.*

²⁸⁶⁹ *Ibid.*

²⁸⁷⁰ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

²⁸⁷¹ En ce sens, v. not. : C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1033.

Baudis à sa tête. Selon Monsieur Lang, il fallait porter à la tête de ce nouvel organe une personnalité dotée d'une envergure juridique incontestable²⁸⁷².

1146. Par ailleurs, le système de nomination finalement retenu par le constituant est susceptible d'interférer avec des enjeux politiques et, par conséquent, se trouver à l'origine de blocages institutionnels. Est révélateur en ce sens l'important délai de réflexion pris par le Président Nicolas Sarkozy pour désigner une personnalité à la tête du Défenseur des droits une fois ce dernier effectivement mis en place²⁸⁷³. Intervenant dans une période pré-électorale, le choix du premier titulaire de la fonction de Défenseur, autorité appelée à devenir un contre-pouvoir, s'est très certainement avéré suffisamment déterminant dans l'esprit de Nicolas Sarkozy, alors candidat à un second mandat à la présidence de la République, pour expliquer un tel délai. Il n'empêche que, durant ce laps de temps, les droits et libertés se sont trouvés orphelins de la protection traditionnellement offerte par les autorités administratives indépendantes dans la mesure où, le Défenseur des droits étant officiellement instauré, les autorités auxquelles il s'est substitué n'étaient plus véritablement en activité.

1147. En dépit d'un statut particulièrement protecteur, le Défenseur des droits laisse, en définitive, craindre à une instrumentalisation de l'institution par le chef de l'Etat en raison de la participation active de ce dernier au processus de nomination du titulaire de cette nouvelle autorité. Evidemment, on ne saurait porter un jugement définitif sur les conséquences de cette carence institutionnelle que seule la pratique permettra de percer à jour. Reste que le mode de nomination retenu témoigne, contrairement aux *ombudsmen* ibériques, d'une constitutionnalisation *a minima* du Défenseur des droits. Sentiment renforcé par le renoncement du constituant à lui octroyer des compétences explicites de saisine du Conseil constitutionnel²⁸⁷⁴.

B. L'absence de prérogatives de saisine de la juridiction constitutionnelle équivalentes à celles des *ombudsmen* ibériques

1148. Substantiellement similaires²⁸⁷⁵, les pouvoirs du Défenseur des droits et des *ombudsmen* ibériques se différencient toutefois sur le terrain des prérogatives de saisine de la juridiction constitutionnelle. Hormis la faculté, toujours hypothétique, dans la mesure où elle n'apparaît pas à la lecture de la loi organique et que la pratique n'a rien confirmé en ce sens pour le moment, de soulever une question prioritaire de constitutionnalité, à l'occasion des observations écrites ou orales qu'il est amené à présenter lors d'une instance en cours, le Défenseur des droits, on l'a vu, ne dispose, contrairement au Défenseur du Peuple et au

²⁸⁷² En ce sens, v. « Baudis : "un choix politique" pour Lang », Le Figaro, 7 juin 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lefigaro.fr].

²⁸⁷³ Tandis que l'institution du Défenseur des droits est officiellement entrée en vigueur à l'occasion de la publication des lois organique et ordinaire du 29 mars 2011, il a fallu attendre le 3 juin 2011 pour que le Président de la République exprime officiellement sa décision de nommer Dominique Baudis à la tête de l'autorité.

²⁸⁷⁴ En ce sens, v. M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁷⁵ P. Requejo Rodríguez, ¿ *Cuestión prioritaria y Defensor de los derechos : pervive la excepción francesa ?*, *op. cit.*, 2011, pp. 110-111.

Provedor de Justiça, d'aucune attribution semi-contentieuse explicite de saisine de la juridiction constitutionnelle.

1149. Or, il a pu être démontré le rôle central joué par de telles prérogatives dans le cadre des interventions des *ombudsmen* ibériques. Offrant à l'*human rights ombudsman* l'avantage de disposer d'un instrument spécialement aménagé pour veiller efficacement au respect des droits fondamentaux par l'organe parlementaire²⁸⁷⁶, de telles prérogatives, indépendamment du fait qu'elles permettent de surmonter les aléas liés à une saisine purement politique, participent à un renforcement significatif des droits de la personne humaine de l'autre côté des Pyrénées. Instruments de collaboration privilégiés avec la juridiction constitutionnelle, les recours introduits à ce jour par les deux institutions ibériques, en dépit de leur nombre relativement peu élevé, se trouvent, en effet, à l'origine d'avancées décisives pour les droits fondamentaux sur le plan qualitatif, et ce aussi bien dans le domaine des droits-libertés classiques, que des droits-sociaux créances et des droits et libertés des publics dits fragiles.

1150. Ce faisant, le refus du constituant français de suivre la préconisation du Comité Balladur de doter le Défenseur des droits de la faculté de saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois emporte le risque de nuire à l'effectivité de la fonction de défense des droits et libertés attribuée à cette nouvelle institution. A ce titre, on ne peut qu'adhérer à la position défendue par Nathalie Macon selon laquelle : « *bien que la reconnaissance de la "question préjudicielle de constitutionnalité" et son ouverture à tous les justiciables, adoptée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, soit de nature à compenser partiellement la disparition de cette fonction, il demeure que le rôle de garant des droits et des libertés du Défenseur des droits en a été amoindri* »²⁸⁷⁷. D'autant que, comme le fait, à juste titre, remarquer Germán Mundaraín, ancien Défenseur du Peuple du Venezuela, la fonction médiatrice de l'ombudsman rencontre ses propres limites lorsque l'institution se trouve confrontée à des violations impliquant, entre autres, le droit à la vie, le respect de l'intégrité physique ou, encore, la liberté personnelle. Face à ce type de violations, la médiation se révèle, en règle générale, d'un faible secours. De telles atteintes portées aux droits fondamentaux requièrent des actions immédiates, à l'instar du recours d'*amparo* ou du recours en inconstitutionnalité, afin de faire cesser le plus rapidement possible la violation constatée et garantir le rétablissement de la victime dans ses droits et la réparation du préjudice subi²⁸⁷⁸. Aussi le Défenseur des droits présente-t-il, sur ce point, une limite de taille par rapport à ses voisins ibériques.

1151. Susceptibles de desservir sa fonction de défense des droits et libertés, les insuffisances affectant le Défenseur des droits sur le plan institutionnel, à savoir le système de nomination de son représentant et l'absence de compétence explicite de saisine de la juridiction constitutionnelle, s'accompagnent, de surcroît, d'incertitudes inhérentes à la spécificité de son

²⁸⁷⁶ J.M. Sánchez Saudinós, « La insoportable levedad del ser : el Defensor de los Derechos establecido en la Constitución francesa », *op. cit.*, p. 164.

²⁸⁷⁷ N. Macon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1684.

²⁸⁷⁸ G. Mundaraín, « A Mediação do Ombudsman nos Conflitos entre a Administração e os Cidadãos », in *Ombudsman, novas competências, novas funções. VII congresso anual da Federação Ibero-americana do ombudsman*, *op. cit.*, p. 58.

processus de création. Résultant, à la différence de ses homologues ibériques, d'un regroupement d'autorités administratives indépendantes déjà existantes au sein d'un organe unique, le Défenseur des droits court inévitablement le risque de se trouver confronté à des contraintes liées à l'originalité de ce contexte de mise en place.

§ 2. Des difficultés inhérentes à la spécificité du processus de création du Défenseur des droits

1152. Intervenue sans que n'ait été réalisée, au préalable, une véritable réflexion d'ensemble sur la catégorie des autorités administratives indépendantes et les implications pratiques de leur regroupement au sein d'un organe unique, la substitution du Défenseur des droits à une pluralité d'instances spécialisées dans la protection des droits fondamentaux apparaît, à certains égards, comme le résultat d'une grande improvisation²⁸⁷⁹.

1153. Or, on ne saurait nier que la méthode consistant à fusionner des autorités exerçant des missions voisines aux fins de créer une structure unique « *peut conduire à des résultats limités si elle n'est pas précédée d'une réflexion sur le rôle de ces autorités et sur la place qu'elles occupent dans le paysage politico-administratif* »²⁸⁸⁰. Comptant parmi les plus sceptiques, Geneviève Garrigos, Présidente d'Amnesty international France, souligne, à ce titre, comme il est « *difficile de suivre la logique d'un projet de loi qui, au fil des mois et des débats, a prévu de fusionner trois, puis deux, puis quatre, puis cinq autorités administratives indépendantes existantes au profit d'une seule* »²⁸⁸¹. A l'origine de désaccords profonds entre le gouvernement, le Sénat et l'Assemblée nationale²⁸⁸², le choix des autorités regroupées, très certainement influencé par des considérations politiques et un important lobbying en faveur de telle ou telle autorité²⁸⁸³, semble effectivement avoir été guidé par le plus grand des hasards²⁸⁸⁴.

1154. Surtout, outre que l'ensemble des autorités indépendantes spécialisées dans la protection des droits fondamentaux n'ont pas été réunies au sein du Défenseur des droits, chose à première vue surprenante pour une institution dont l'un des principaux objectifs réside dans la rationalisation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits et libertés²⁸⁸⁵, le législateur s'est livré à une entreprise de « fusion-absorption » sans

²⁸⁷⁹ C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 411.

²⁸⁸⁰ O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 406.

²⁸⁸¹ G. Garrigos, « Le gouvernement veut-il instaurer un Défenseur des droits au rabais ? », *Le Monde*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr].

²⁸⁸² Sur ce point, v. H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *op. cit.*, p. 69.

²⁸⁸³ C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, p. 414.

²⁸⁸⁴ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 917.

²⁸⁸⁵ A la vérité, si certaines autorités administratives indépendantes exclues du regroupement auraient mérité d'être intégrées à la nouvelle institution, le regroupement pur et simple de l'ensemble des autorités indépendantes françaises spécialisées dans la protection des droits fondamentaux ne semblait guère envisageable dès lors que certaines de ces autorités interviennent dans des matières marquées par une technicité particulière (pour une approche approfondie de cette problématique, v. *infra*, n° 1459 et ss.).

véritablement mesurer le chantier impliqué par un tel regroupement²⁸⁸⁶. Car, sans adhérer aux critiques des plus farouches opposants au Défenseur des droits, il est évident que le Défenseur des droits interroge quant à sa capacité à faire face aux difficultés inhérentes à la spécificité de son contexte de mise en place.

1155. Aussi indispensable soit-il, le Défenseur français soulève ainsi quatre séries d'interrogations, largement étrangères au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* : l'interprétation retenue par le titulaire de la fonction de l'étendue de sa mission (A), la faculté de l'institution à se forger une identité culturelle propre (B), sa capacité à répondre à l'ensemble des réclamations qui lui sont adressées (C) et son aptitude à faire preuve d'une réactivité suffisante nonobstant l'étendue de sa mission et la complexité de son organisation interne (D).

A. Le risque d'interprétation *a minima* de sa mission par le représentant de l'institution

1156. C'est une évidence, la portée exacte de la mission confiée au Défenseur des droits laisse transparaître un certain flou. Tandis que la seule référence à la notion de « droits et libertés » par l'article 71-1 de la Constitution se révèle quelque peu approximative, l'appellation finalement retenue par le constituant pour désigner la nouvelle institution manque pertinemment de précision. A cet effet, Robert Badinter indiquait, à l'occasion des débats parlementaires concernant la loi organique relative au Défenseur des droits, qu'« *il aurait fallu à tout le moins compléter l'intitulé pour adjoindre à la défense des droits celle des libertés* »²⁸⁸⁷. Pour autant, il a été possible de démontrer que le Défenseur des droits, en dépit de ces imprécisions terminologiques, est compétent pour connaître de l'ensemble des catégories des droits fondamentaux, sans exception. Le principe d'indivisibilité des droits lui imposant la prise en considération, non seulement des droits civils et politiques, mais également des droits économiques, sociaux et culturels.

1157. Malgré tout, un doute subsiste concernant, sinon la compétence du Défenseur des droits à l'adresse de l'ensemble des droits de la personne humaine, en tout cas l'interprétation que fera le titulaire de la fonction de cette compétence universelle. Le danger, directement lié à la spécificité du processus de création du Défenseur des droits, aux tensions qui ont animé ce processus et aux implications qui en ont résulté sur le plan institutionnel, résidant dans une interprétation restrictive consistant à privilégier la protection des droits fondamentaux anciennement garantis par les autorités indépendantes fusionnées, en tête desquelles le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS²⁸⁸⁸. Car, à partir du moment où la réflexion générale sur l'amélioration de la protection des droits et libertés des personnes par le prisme du Défenseur des droits a laissé place à une démarche dont l'ambition principale résidait dans

²⁸⁸⁶ Sur l'ampleur d'un tel chantier, v. R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 507.

²⁸⁸⁷ *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4350.

²⁸⁸⁸ S'agissant du Médiateur de la République, il convient de garder à l'esprit que celui-ci ne disposait d'aucune compétence explicite de protection des droits et libertés.

la rationalisation du système institutionnel non juridictionnel français de garantie, l'essentiel des débats relatifs au Défenseur des droits ont porté sur les autorités administratives indépendantes regroupées en son sein et leurs domaines de compétence respectifs²⁸⁸⁹. Or, la focale sur les autorités regroupées emporte le risque pour le représentant de l'institution de perdre de vue l'ambition originelle du Défenseur des droits : l'amélioration de la protection de l'ensemble des droits et libertés et de leurs bénéficiaires.

1158. D'ailleurs, l'organisation du Défenseur des droits sous la forme de collèges chargés de soutenir le titulaire de la fonction dans le domaine de la protection de l'enfance, de la surveillance du respect de la déontologie par les forces de sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité laisse, de prime abord, penser qu'en lieu et place d'une institution généraliste, compétente pour connaître de l'ensemble des atteintes portées aux droits fondamentaux, a été mise en place une structure dont les principaux domaines d'interventions sont les domaines de compétence des autorités regroupées en son sein. A tel point que, pour certains auteurs, « *le Défenseur des droits ne serait qu'un Défenseur de droits* »²⁸⁹⁰. Quoi qu'il en soit, cette volonté de préserver la visibilité des missions anciennement prises en charge par les autorités fusionnées ne risque-t-elle pas d'influencer les choix d'intervention du représentant de l'institution ? Autrement dit, le Défenseur des droits ne sera-t-il pas tenter de privilégier les missions poursuivies par ces anciennes autorités au détriment des autres catégories de droits fondamentaux ? La question mérite indiscutablement d'être posée dès lors que le besoin ressenti par le législateur de préserver la visibilité des autorités regroupées s'inscrit dans une démarche d'apaisement des critiques exprimées en réaction à ce processus de fusion-absorption. En ce sens qu'il ne faudrait pas que le Défenseur des droits, dans la continuité de cette démarche d'apaisement, concentre exclusivement son action sur les questions intéressant la protection des enfants, la lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité ou, encore, la déontologie de la sécurité, délaissant, par là-même, les autres catégories de droits fondamentaux. Certes, dès l'instant où l'orientation de l'activité de l'ombudsman dépend dans une importante mesure des plaintes qui lui sont adressées, la marge de manœuvre du Défenseur français n'est pas totale. Elle ne saurait cependant être inexistante compte tenu de sa faculté d'action d'office et de la liberté qui est la sienne de promouvoir, auprès du grand public, certains de ses domaines d'intervention plutôt que d'autres. Aussi est-il intéressant de se demander, avec le professeur Hélène Pauliat, « *[...] comment le Défenseur des droits en France comprendra sa mission* »²⁸⁹¹. Et ce à plus forte raison que « *le projet définitivement adopté, restera le choix du capitaine* », c'est-à-dire du représentant de l'institution²⁸⁹².

1159. A l'évidence, les premiers pas de la nouvelle autorité entretiennent le doute quant à l'interprétation retenue par Dominique Baudis de sa fonction. Certaines déclarations ou attitudes de l'actuel Défenseur laissent à penser que celui-ci conçoit essentiellement la

²⁸⁸⁹ Sur cette problématique, v. O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 405.

²⁸⁹⁰ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 916.

²⁸⁹¹ H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *op. cit.*, p. 73

²⁸⁹² F. Koch, « Polémique autour du futur Défenseur des droits », *L'Express*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lexpress.fr].

fonction de Défenseur des droits à l'aune des missions confiées aux anciennes autorités regroupées. En atteste l'éditorial du premier rapport annuel d'activité de l'institution. « *Sensible à l'inquiétude légitime de ceux qui ont pu craindre une dilution des missions [des autorités regroupées] et une perte d'acuité dans leur exercice* »²⁸⁹³, Dominique Baudis assure exercer sa fonction de Défenseur par une « *fusion des moyens sans confusion des missions* »²⁸⁹⁴. Or, pour autant que cette conception de la fonction de Défenseur des droits soit un atout, susceptible de rassurer les personnes les plus inquiètes au sujet de la disparition d'autorités indépendantes ayant fait preuve d'une réelle efficacité dans l'exercice de leur fonction, elle traduit une approche cloisonnée de la défense des droits fondamentaux de nature à favoriser la protection des catégories de droits relevant du domaine de l'enfance, de la déontologie de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Très certainement motivé par l'organisation de l'institution sous forme de collèges, ce cloisonnement transparaît d'ailleurs sur le site internet du Défenseur des droits. Celui-ci ne fait aucunement référence à une mission globale de protection des droits et libertés, tel que le laisse sous-entendre l'article 71-1 de la Constitution, mais renvoie à quatre rubriques : la défense des droits de l'enfant, la déontologie de la sécurité, la lutte contre les discriminations, les relations avec les services publics. Et une impression similaire se dégage à la lecture du rapport d'activité pour l'année 2011. Ce dernier, au lieu de proposer une approche globale, comme cela peut être le cas en Espagne et au Portugal, rend compte de la première année d'activité du Défenseur des droits sous la forme de chapitres consacrés aux domaines d'intervention des anciennes autorités fusionnées²⁸⁹⁵.

1160. De toute évidence, une telle pratique donne l'impression, ne serait-ce qu'en apparence, que l'institution entend privilégier la défense des droits et libertés protégés par les anciennes autorités regroupées plutôt que les autres catégories de droits²⁸⁹⁶. Sentiment renforcé en raison de la difficulté manifeste de Dominique Baudis à intégrer l'idée selon laquelle la fonction de médiation du nouveau Défenseur, loin d'être bornée, contrairement à l'ancien Médiateur de la République, au traitement des réclamations des administrés concernant des dysfonctionnements causés par ces administrations et services²⁸⁹⁷, englobe l'ensemble des décisions et comportements attentatoires aux droits et libertés, et ce quelque soit la catégorie

²⁸⁹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 3.

²⁸⁹⁴ *Ibid.*

²⁸⁹⁵ Il convient tout de même de garder à l'esprit que le premier rapport d'activité du Défenseur des droits se présente explicitement comme un rapport de transition souhaitant « *permettre aux lecteurs des quatre rapports précédemment publiés de retrouver les principaux éléments d'information et points de repères qu'ils avaient l'habitude d'y lire* » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 70). Aussi est-il possible d'espérer que les prochains rapports proposeront une approche plus globale de l'activité de l'institution française, se rapprochant de la structuration des rapports du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*. Un indice en ce sens réside dans la stratégie de rapprochement des services entreprise, dès son installation, par le Défenseur des droits. Cette stratégie s'étant, notamment, traduite par un traitement unifié de l'accueil des réclamations (*Ibid.*).

²⁸⁹⁶ A tel point que si certains auteurs, à l'instar de Laurence Baghestani, se sont inquiétés de savoir si les citoyens seront en mesure d'identifier les compétences des anciennes autorités au sein du Défenseur des droits (« A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5), il est tout aussi pertinent de se demander si ces mêmes citoyens sont conscients que le Défenseur des droits est compétent pour protéger l'ensemble des droits et libertés fondamentaux et non pas seulement ceux protégés jusqu'à présent par le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE.

²⁸⁹⁷ En ce sens, v. C. Teigten-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

de droits considérée. On en veut pour preuve la présentation de cette fonction, au sein du premier rapport annuel et sur le site internet du Défenseur, sous l'angle de la médiation avec les services publics et non pas, tel que le prévoit pourtant l'article 71-1 de la Constitution, de la défense des 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. Bien entendu, cette difficulté à se départir de la casquette de simple intercesseur à l'égard de l'administration est susceptible de trouver une explication logique au regard de la rédaction de l'article 71-1 de la Constitution. « *Indéniablement en retrait par rapport à la vocation "universelle" de défense des droits fondamentaux que voulait lui assigner initialement le "Comité Balladur" »*²⁸⁹⁸, cette disposition rappelle, de surcroît, le précédent Médiateur de la République sur de nombreux points²⁸⁹⁹. Une telle conception de la fonction du Défenseur des droits n'en demeure pas moins potentiellement contraire à l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008 venant consacrer la défense des droits au cœur de la définition de la mission attribuée à la nouvelle autorité²⁹⁰⁰.

1161. Source d'interrogations en ce qui concerne l'interprétation que retiendra le Défenseur des droits de sa mission, la spécificité du processus de création de cette autorité interpelle, de surcroît, sur son aptitude à se forger une propre identité.

B. La délicate émergence d'une identité culturelle propre au Défenseur des droits

1162. Conditionnant l'unité de sens et l'efficacité de la protection offerte par le nouveau système non juridictionnel français de garantie des droits fondamentaux, la capacité du Défenseur des droits à dépasser les spécificités culturelles propres aux autorités regroupées en son sein, afin de se forger une identité propre, se présente, à n'en pas douter, comme l'un des principaux défis que devra relever l'institution à l'occasion de ses premières années d'activité. Hormis un « *dénominateur commun [...] résid[ant] dans un fort attachement à leur indépendance, caractéristique inhérente à un objectif également commun, celui de la protection des droits des personnes* »²⁹⁰¹, les institutions auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits se distinguent, en effet, en raison d'une histoire²⁹⁰², d'un savoir-faire, d'un patrimoine juridique, bref, d'une culture juridico-administrative propre²⁹⁰³.

²⁸⁹⁸ S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 514.

²⁸⁹⁹ Sur ce point, v. not. : E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 18 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1682.

²⁹⁰⁰ P.-Y. Baudot et A. Revillard, « Le Médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *op. cit.*, p. 201.

²⁹⁰¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁰² Comme le rappelle le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « *au plan historique, si la création du Médiateur de la République a pu constituer, au début des années 70, une première réponse à l'exigence générale de transparence des relations entre les citoyens et les administrations, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (Cnds), pensée 25 ans plus tard, est le résultat d'un choix politique visant à établir un lien de confiance entre citoyens et pouvoirs publics dans le cadre d'une réflexion globale sur le thème spécifique de la sécurité intérieure. De leur côté, le Défenseur des enfants, puis la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) répondaient à des engagements internationaux et européens de la France* » (*Ibid.*).

²⁹⁰³ En ce sens, v. not. R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 510.

1163. Or, de cette différence de culture résultent des approches nécessairement distinctes de leur fonction de protection des droits et libertés, ne serait-ce que du point de vue des logiques d'intervention privilégiées. A une approche essentiellement basée sur la médiation s'agissant du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants s'opposant, on l'a vu, une fonction de contrôle chez la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Désormais réunies au sein d'une seule et même structure, ces deux conceptions, potentiellement antinomiques, de la garantie des droits²⁹⁰⁴ sont susceptibles de se neutraliser et, par là-même, de desservir la mission confiée au nouveau Défenseur.

1164. Bien entendu, l'existence de logiques d'interventions différentes ne saurait présenter que des inconvénients. Comme l'indique le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « *le croisement des expériences et des savoir-faire des agents réunis au sein du Défenseur des droits a permis, en quelques mois, de développer des modes d'intervention inédits au service de chacune des missions qui lui sont confiées* »²⁹⁰⁵. En outre, ces différentes approches peuvent permettre, selon les besoins requis par les affaires traitées, de privilégier une culture de la négociation ou une expérience de la pédagogie de la sanction²⁹⁰⁶.

1165. Il n'empêche que la cohabitation de cultures différentes, potentiellement « *contre-productive* »²⁹⁰⁷ sur le plan de la garantie des droits, peut s'avérer un exercice délicat. Le danger résidant notamment dans le fait que l'une des deux fonctions de médiation ou de contrôle soit privilégiée au détriment de l'autre²⁹⁰⁸. C'est pourquoi le développement d'une conception propre de la défense des droits fondamentaux, dépassant les clivages culturels des anciennes autorités indépendantes, constitue l'une des principales tâches à accomplir pour le Défenseur des droits.

1166. Indispensable, l'entreprise n'en demeure pas moins délicate. Dès lors que le législateur organique a fait le choix d'intégrer plusieurs autorités indépendantes au sein d'une structure unique tout en préservant leur visibilité et l'identité de leur mission²⁹⁰⁹, des résistances, préjudiciables à l'effectivité de la mission de protection des droits fondamentaux attribuée au Défenseur des droits, sont à craindre²⁹¹⁰. Conduisant à se demander si le législateur organique n'a pas contribué à « *ajouter une autorité, sans faire disparaître des institutions existantes* »²⁹¹¹, la réminiscence, sous forme de collèges, des autorités regroupées au sein du

²⁹⁰⁴ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 3.

²⁹⁰⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 32.

²⁹⁰⁷ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 33.

²⁹⁰⁸ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 3.

²⁹⁰⁹ En somme, et comme l'écrit très justement Florian Aumond, « *le législateur, auquel est dévolue la mission inédite de procéder à un tel regroupement de plusieurs autorités administratives indépendantes dans un organe unique, cherche à concilier l'unicité de celui-ci et la pluralité de celles-là. Refusant le syncrétisme au sein d'une institution-creuset, il récuse également l'idée d'une simple institution-cadre* » (« Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 919).

²⁹¹⁰ Sur ce point, v. J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 436.

²⁹¹¹ M. Verpeaux, « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *op. cit.*, p. 87.

Défenseur des droits emporte effectivement le risque d'engendrer des conflits de compétences, de personnes, d'autorités²⁹¹².

1167. A ce sujet, la sociologie des organisations enseigne que « *toute opération de fusion d'entités collectives est confrontée à l'existence d'identités organisationnelles, plus ou moins affirmées, qui constituent un obstacle au changement. L'identité organisationnelle résulte de l'ensemble des caractéristiques spécifiques de l'organisation qui établissent sa singularité par rapport aux autres dispositifs d'action collective : le principe d'action à partir duquel elle s'est constituée ; ses conditions d'implantation dans l'espace social ; les finalités ou les objectifs qui lui sont assignés et qu'elle-même définit ; le type de leadership qu'elle tend à faire prévaloir ; les manières de faire mais aussi les règles ou les normes qu'elle impose à ses membres* »²⁹¹³. Bref, tout un ensemble d'éléments sur la base desquels se cristallise une culture constituée de traditions et de valeurs spécifiques à l'organisation²⁹¹⁴.

1168. Culture organisationnelle et dimension identitaire s'exprimant avec une intensité particulière dans le domaine des services administratifs. « *Investis d'une mission qu'ils s'attachent à transformer en compétence exclusive, dotés de moyens spécifiques et d'agents spécialisés, caractérisés par des traditions, une déontologie, un état d'esprit, [ces derniers] sont irrésistiblement poussés à cultiver leur particularisme* »²⁹¹⁵. Si bien que « *toute opération de fusion, ayant pour effet de casser ce capital par lequel les agents se reconnaissent et s'identifient, se heurtera [...] à des résistances* »²⁹¹⁶. Et les quatre autorités regroupées au sein du Défenseur des droits ne font pas exceptions. Revêtues dès leur création d'une forte charge symbolique en raison de leur fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine, ces autorités se sont efforcées de construire leur propre légitimité, leur propre organisation et leur propre répertoire d'action. Ce faisant, elles sont rapidement apparues comme d'authentiques gardiens des droits et libertés solidement ancrés dans le paysage institutionnel²⁹¹⁷. Il s'ensuit que « *si le Défenseur des droits récupère bien l'intégralité de leurs missions, de leurs pouvoirs et de leurs moyens, il était impossible d'ignorer les identités spécifiques qui avaient été façonnées ; la logique d'intégration est dès lors contrebalancée par la persistance d'éléments de diversité avec lesquels elle entre en tension* »²⁹¹⁸.

1169. Le dépassement des spécificités culturelles propres aux autorités préexistantes au Défenseur des droits, qui doit également être entrepris à l'échelon territorial²⁹¹⁹, s'avère

²⁹¹² Ce point de vue est notamment défendu par le sénateur Robert Badinter (en ce sens, v. *J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4351).

²⁹¹³ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, pp. 438-439.

²⁹¹⁴ J.-D. Reynaud, « Les régulations dans les organisations », *Revue française de sociologie*, 1988, n° 1, p. 17.

²⁹¹⁵ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 439.

²⁹¹⁶ *Ibid.*

²⁹¹⁷ *Ibid.*, pp. 439-440.

²⁹¹⁸ *Ibid.*, pp. 440-441.

²⁹¹⁹ Interrogés sur la possibilité de fusionner les points locaux d'accès aux autorités regroupées au sein du Défenseur des droits, les délégués du Médiateur de la République, réticents à une telle démarche, ont fait savoir que leur travail, qui ne saurait être considéré comme une activité de défense des droits, s'avère très différent de celui des autres correspondants locaux du Défenseur des enfants ou de la HALDE (rapporté par A. Revillard, P.-

d'autant plus compliqué à réaliser que les quatre autorités regroupées présentent, entre elles, des différences statutaires, salariales et sociales non négligeables²⁹²⁰. Partant, l'émergence d'une identité culturelle propre au Défenseur des droits implique de garantir, au préalable, une harmonisation des rémunérations et des statuts afin d'aboutir à un cadre de gestion commun à l'ensemble du personnel. Cette tâche, à laquelle s'est employé Dominique Baudis dès sa prise de fonctions²⁹²¹, s'accompagne, de surcroît, d'une nécessaire harmonisation des systèmes de données informatiques²⁹²². Sans oublier l'obstacle que constitue l'éclatement de la nouvelle institution sur des sites géographiques différents. Physiquement présent sur quatre lieux distincts, correspondant aux sièges des quatre anciennes autorités indépendantes désormais regroupées, le Défenseur des droits devra patienter jusqu'en 2015 pour voir l'ensemble de ses services regroupés sur un même site²⁹²³. De toute évidence, la localisation de la nouvelle autorité sur différents sites ne saurait favoriser l'émergence d'un sentiment d'appartenance à une institution commune ; chacun, comme l'indique le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « étant très attaché au site sur lequel il avait été initialement affecté et avait pris ses habitudes »²⁹²⁴.

Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, p. 232). Conscient de l'existence de spécificités culturelles propres à chaque réseau de délégués territoriaux, Dominique Baudis précisait, à l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, que l'objectif, à terme, est que les délégués territoriaux aient un aperçu de toutes les dimensions de la défense des droits fondamentaux, étant entendu qu'ils ne deviendront pas polyvalents et pluridisciplinaires du jour au lendemain (Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*).

²⁹²⁰ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 49.

²⁹²¹ Le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 indique, en effet, qu'une concertation s'étant fixée pour objectif d'aboutir à un cadre de gestion commun à l'ensemble du personnel a été engagée début avril 2012. « À partir d'une réflexion sur la nature et le niveau des emplois nécessaires à l'accomplissement des missions de l'Institution, les objectifs sont d'harmoniser par un dispositif équitable les rémunérations de base et les régimes indemnitaires des différents statuts des personnels, de redéfinir une politique d'évolution salariale et de refonder une politique indemnitaire sur les résultats attendus, de professionnaliser les agents par une politique de formation continue adaptée et d'asseoir une gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences » (*Ibid.*).

²⁹²² La remarque vaut particulièrement s'agissant des systèmes informatiques de gestion et de traitement des plaintes qui diffèrent sensiblement d'une institution à l'autre. Afin que tous les agents de l'institution soient en mesure de parler le même langage informatique, il s'est avéré impératif d'élaborer un système de gestion et de traitement des réclamations unique. Pour ce faire, un directeur de projet a été nommé le 1^{er} janvier 2012. Ce dernier a créé un système de gestion unique mis en place dès l'été 2012 (*Ibid.*, pp. 55-56).

²⁹²³ Si le Défenseur souhaitait que les services de l'institution soient très rapidement regroupés en un seul lieu, ce regroupement s'est rapidement heurté à des obstacles juridiques. Comme l'indique le rapport annuel d'activité du Défenseur pour l'année 2011 « les baux de la HALDE et du Médiateur de la République, à la différence de ceux de la CNDS et du Défenseur des enfants, ne comportaient pas de clause de sortie anticipée. Or, ces institutions n'ayant pas, comme la quasi-totalité des autorités administratives indépendantes, la personnalité juridique, l'État ne pouvait exciper de leur disparition pour dénoncer les baux qui expirent respectivement en janvier 2014 et en novembre 2014. Jusqu'à ces deux dates, terme des baux des deux institutions, l'État avait la possibilité de reloger certains services administratifs dans les locaux de la HALDE et du Médiateur de la République. Il aurait donc pu installer le Défenseur des droits, dès sa création, sur un site unique, ce que la Commission des lois du Sénat avait d'ailleurs demandé avec force dès novembre 2010. Cette décision de regroupement sur un seul site n'ayant pas été prise, la nouvelle autorité de défense des droits et libertés travaillera sur plusieurs sites pendant plusieurs années, dans l'attente d'une localisation unique ». Cette localisation unique devrait voir le jour en 2015. Le Défenseur des droits travaillant étroitement avec le Secrétaire général du gouvernement à la réalisation du projet « Ségur-Fontenoy » consistant dans l'hébergement de l'ensemble de l'institution au sein de l'immeuble domanial, récemment libéré par le ministère de l'Ecologie, situé en face de la place Fontenoy (*Ibid.*, p. 67).

²⁹²⁴ *Ibid.*, p. 66.

1170. Mais, en définitive, le principal obstacle à l'émergence d'une identité culturelle propre au Défenseur des droits réside très certainement dans le climat de tensions qui a animé le processus de fusion des autorités indépendantes au sein de ce nouvel organe. Alors même que trois des autorités concernées par la fusion « *ont, avec une rare vigueur, tenté d'enrayer le processus de création d'une entité personnifiée dotée de pouvoirs élargis* »²⁹²⁵, ces mêmes autorités, attachées à leur propre identité, n'ont, à aucun moment, été associées et consultées aux différentes étapes d'élaboration des textes, voire même informées d'un projet visant à les supprimer²⁹²⁶. Exception faite du Médiateur de la République, associé à l'élaboration de l'étude d'impact annexée au projet de loi organique²⁹²⁷, le législateur s'est effectivement privé du concours des autres autorités concernées par le regroupement. Or, une telle démarche, indépendamment du fait qu'elle est susceptible de préjudicier à la mise en place d'une autorité s'inscrivant harmonieusement dans le paysage institutionnel²⁹²⁸, ne facilite certainement pas le développement d'une identité propre au Défenseur des droits dans la mesure où elle alimente l'hostilité et l'animosité affichée par les autorités opposées au regroupement. Sentiments renforcés par les tractations, pressions, abandons qui ont animé le processus législatif²⁹²⁹. Tandis que le rattachement de la HALDE au Défenseur des droits, opéré par la commission des lois du Sénat, n'avait pas été envisagé par le projet initial du gouvernement²⁹³⁰, le Défenseur des enfants a, dans un premier temps, été retiré du périmètre de la nouvelle institution, à l'occasion de l'adoption par le Sénat, le 2 juin 2010, d'un amendement en ce sens, pour, dans un second temps, y être réintégré, non sans de vives oppositions des parlementaires de gauche²⁹³¹, à la suite d'une demande de seconde délibération du gouvernement²⁹³².

1171. De nature à conforter les suspicions des parlementaires assimilant la nouvelle institution à un « *cannibale des gêneurs* »²⁹³³, un tel contexte de mise en place laisse présager l'ampleur de la tâche qui attend Dominique Baudis pour garantir le développement de la transversalité et d'un sentiment d'appartenance à une institution commune. Conscient de ces difficultés, celui-ci indiquait, à l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, la nécessité de s'appuyer sur la disposition prévue par l'article 12 de la loi organique du 29 mars 2011 permettant au titulaire de la fonction de réunir les trois collèges²⁹³⁴. Toujours dans cette perspective d'unification des cultures, Dominique Baudis, soucieux que l'institution apprenne

²⁹²⁵ J. Daniel et M. Bailly, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 18.

²⁹²⁶ En ce sens, v. : C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 2 ; D. Versini, « Défenseur des enfants : qu'en est-il ? », *D.*, 2009, p. 2536.

²⁹²⁷ C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 2.

²⁹²⁸ *Ibid.*

²⁹²⁹ J. Daniel et M. Bailly, *op. cit.*, p. 18.

²⁹³⁰ J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1028.

²⁹³¹ En ce sens, v. par ex. : N. Moscovici, « La colère de Badinter », *J.D.D.*, 6 juin 2010 [en ligne]. Disponible sur [www.lejdd.fr] ; Reuters, « Défenseur des enfants : le Sénat change son vote, tollé à gauche », *L'Express*, 6 juin 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.lexpress.fr].

²⁹³² M.-C. de Montecler, « Rétropédalage au Sénat sur le Défenseur des enfants », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1121.

²⁹³³ L'expression est du député Jean-Jacques Urvoas (rapporté par O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 399).

²⁹³⁴ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

à parler le même langage au service des droits et libertés, insistait pour que les adjoints travaillent ensemble autour du Défenseur des droits²⁹³⁵. Sur le plan pratique, la première année d'activité de l'institution offre l'occasion de constater que le Défenseur s'est attaché à dégager, d'une part, des synergies entre les différents services constituant la nouvelle institution²⁹³⁶ et, d'autre part, des modalités d'intervention originales consistant à insuffler « une dynamique propre à la nouvelle institution grâce à une approche plus globale de la protection/promotion des droits, de l'égalité et des libertés »²⁹³⁷. En outre, la pratique laisse également entrevoir des indices, plutôt rassurant, d'une volonté partagée, de la part des anciennes autorités, de mutualiser les expériences et les savoir-faire²⁹³⁸. C'est ainsi que, avant même l'instauration effective du Défenseur des droits, les autorités concernées par le regroupement se sont spontanément rapprochées, harmonisant aussi bien le papier à lettre et les sites internet que les procédures de traitement des saisines²⁹³⁹. En tout état de cause, on s'accordera avec le professeur Jacques Chevallier pour affirmer qu'« une période de rodage et d'apprentissage sera indispensable pour définir les nouvelles règles du jeu et les nouveaux équilibres à l'intérieur de l'institution »²⁹⁴⁰.

1172. La donnée temporelle permettra également de faire la lumière sur la faculté du Défenseur des droits à répondre à l'ensemble des réclamations qui lui sont adressées.

C. Le risque d'engorgement de l'institution

1173. Partagée par la doctrine²⁹⁴¹, la classe politique²⁹⁴² et la Commission nationale consultative des droits de l'homme²⁹⁴³, la crainte que le Défenseur des droits ne parvienne pas

²⁹³⁵ *Ibid.*

²⁹³⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 32.

²⁹³⁷ *Ibid.*, p. 18.

²⁹³⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁹³⁹ Rapporté par Dominique Baudis à l'occasion de son audition, déjà évoquée, réalisée le 15 juin 2011 par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits.

²⁹⁴⁰ J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 444.

²⁹⁴¹ En ce sens, v. par ex. : L. Claire-Métayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 449 ; E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 19.

²⁹⁴² V. en ce sens les propos de la sénatrice Nicole Borvo Cohen-Seat lors de l'audition du ministre de la justice Michèle Alliot-Marie, en date du 4 mai 2010, réalisée dans le cadre du rapport n° 482 sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits : « *La France compte 66 millions d'habitants : un défenseur unique, centralisé, aux compétences très larges, donnera forcément naissance à une énorme machine ; ou alors il ne sera pas à même de répondre aux nombreuses sollicitations, désormais directes. L'ombudsman suédois a affaire à une population bien plus réduite. Et le défenseur espagnol, le Defensor del pueblo, qui est de niveau fédéral, s'occupe d'un nombre limité de questions, car chaque province a ses propres défenseurs sur de nombreux sujets. Nous risquons pour notre part l'inefficacité ! Le Médiateur de la République a fort à faire ; le Défenseur des droits sera submergé* » (P. Gélard, *Rapport n° 482*, *op. cit.*, pp. 164-165).

²⁹⁴³ Le professeur Catherine Teitgen-Colly rapporte en ce sens que la Commission s'est « inquiétée de la faisabilité même du projet en relevant la difficulté, voire l'impossibilité pour le seul Défenseur d'assurer sérieusement les missions exercées jusque-là par trois autorités (le Médiateur ayant reçu à lui seul en 2010 plus de 79 000 réclamations, en hausse de 3,6 % en un an, et la Haute autorité pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité plus de 12 000, soit une hausse de 20 % en trois ans...), puis après première lecture au Sénat, par quatre autorités, appelées à se multiplier à plus ou moins long terme en dépit du refus du

à répondre à l'ensemble des réclamations qui lui sont adressées ne saurait être minimisée. Evidemment, la problématique n'est pas propre à l'institution française. Ainsi que le rapporte le professeur Henri Puget, les *ombudsmen* des pays nordiques n'ont pas manqué de faire remarquer que l'ombudsman se comprend mieux au sein de petits pays que dans de grands Etats dans la mesure où, dans ces derniers, l'institution risque d'être submergée sous l'abondance de plaintes²⁹⁴⁴. Elle s'exprime toutefois avec une acuité particulière s'agissant du Défenseur français. Se substituant à quatre autorités administratives indépendantes qui, ensemble, traitaient près de 90 000 dossiers par an²⁹⁴⁵, cet organisme est appelé à prendre en charge, dès son instauration, d'un nombre de réclamations pour ainsi dire insensé²⁹⁴⁶. C'est là une différence de taille avec les pays ibériques qui « *ont créé un ombudsman intégrant ab initio les activités du Défenseur* »²⁹⁴⁷ et, ce faisant, n'ont pas été confrontés à cette difficulté pratique propre à l'institution française. Surtout, et de façon plus inquiétante, l'ouverture de la saisine directe aux citoyens dans le domaine de la déontologie et de la médiation, conjuguée au probable effet d'appel lié au caractère novateur de l'institution, devrait se traduire, selon toute vraisemblance, par une augmentation sensible du nombre des réclamations²⁹⁴⁸. Aussi est-il possible de se demander, avec Jean-Claude Zarka, si « *à trop embrasser, le Défenseur des droits ne risque-t-il pas de peu étreindre ?* »²⁹⁴⁹.

1174. Certes, l'étude d'impact annexée au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits se veut suffisamment optimiste pour « *tabler, à moyen terme - c'est-à-dire à l'issue d'une période initiale de montée en puissance de l'institution - sur un développement maîtrisé du nombre des saisines* »²⁹⁵⁰. Pour autant, cette même étude se révèle bien incapable « *de fournir ex ante une estimation de cet accroissement* »²⁹⁵¹. Et si le premier rapport annuel du Défenseur des droits apparaît de prime abord rassurant, dans la mesure où il offre l'occasion de constater une très légère baisse globale des dossiers entre 2010 et 2011²⁹⁵², une telle diminution ne saurait véritablement influencer sur le volume de travail de la nouvelle institution. Elle trouve, en réalité, une explication logique à travers deux facteurs cumulatifs directement liés à l'existence d'un point d'entrée unique des réclamations depuis la mise en place du Défenseur des droits. A savoir, d'un côté, la disparition des multi-saisines, consistant pour

*Sénat de suivre l'Assemblée nationale qui en première lecture avait intégré le Contrôleur général des lieux de privation de liberté à l'expiration de son mandat en 2014. [...] » (« La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 417).*

²⁹⁴⁴ H. Puget, « Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura », *op. cit.*, p. 16.

²⁹⁴⁵ Le rapport annuel du Défenseur des droits pour l'année 2011 fait état d'un total de 92 948 dossiers reçus pour 91 065 dossiers traités par les quatre autorités indépendantes (*Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 71).

²⁹⁴⁶ En ce sens, v. G. Garrigos, « Le gouvernement veut-il instaurer un Défenseur des droits au rabais ? », *Le Monde*, 10 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr].

²⁹⁴⁷ L. Cluzel-Métayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 460.

²⁹⁴⁸ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 37.

²⁹⁴⁹ J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *D.*, 2010, p. 1568.

²⁹⁵⁰ *Ibid.*

²⁹⁵¹ *Ibid.*

²⁹⁵² Pour un total de 92 948 dossiers reçus et 91 065 dossiers traités en 2010 par les quatre autorités indépendantes regroupées dans le Défenseur des droits, la nouvelle institution enregistre un total de 89 846 dossiers reçus et 85 838 dossiers traités en 2011 (sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 71).

certaines réclamants à s'adresser simultanément à plusieurs autorités administratives indépendantes en présence de violations des droits et libertés présentant une portée transversale et, de l'autre côté, la disparition de la pratique conduisant les anciennes autorités indépendantes à se transmettre entre elles les dossiers enregistrés par leur service s'étant révélés étrangers à leur domaine de compétence. En somme, deux hypothèses dans lesquelles des réclamations identiques, traditionnellement comptabilisées par plusieurs autorités, se trouvent désormais enregistrées par le seul Défenseur des droits²⁹⁵³.

1175. Dans ces conditions, il semble bien que se soit vers une augmentation du nombre de saisine que s'achemine la nouvelle institution. En atteste le fait que le Défenseur des droits, entre 2010 et 2011, a enregistré une augmentation des réclamations de 20 % dans le domaine de la protection de l'enfance et de plus de 100 % dans celui de la déontologie de la sécurité²⁹⁵⁴. Partant, il ne serait guère surprenant que le Défenseur français soit, en réalité, saisi de plus de 100 000 réclamations par an dans les années à venir²⁹⁵⁵. Etant entendu que, dans le même temps, celui-ci devra gérer un ensemble de contraintes organisationnelles, administratives et juridiques inhérentes à la spécificité de son contexte de mise en place. « *Ainsi altéré par la persistance de zones d'ombre* »²⁹⁵⁶, le progrès que représente l'ouverture de la saisine du Défenseur aux particuliers emporte, en contrepartie, le risque pour l'institution d'être submergée par les plaintes que les particuliers lui adressent.

1176. Conduisant certains parlementaires à dénoncer le caractère illusoire de l'accès direct au Défenseur des droits et à défendre l'idée que celui-ci gagnerait à recevoir des recours déjà filtrés par les membres du Parlement²⁹⁵⁷, cette incertitude quant à la faculté de la nouvelle institution de répondre à l'ensemble des réclamations dont elle est saisie se trouve, de surcroît, accentuée par l'insuffisance, plus que probable, du montant des crédits qui lui sont actuellement octroyés. En partie justifiée par la volonté des pouvoirs publics d'effectuer des économies d'échelles, la substitution du Défenseur des droits aux quatre autorités indépendantes que sont le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS s'est effectuée sans revalorisation des moyens humains et financiers attribués à la nouvelle institution. Conformément à l'objectif affiché par le gouvernement « *d'"aller plus*

²⁹⁵³ Sur ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 71.

²⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 3.

²⁹⁵⁵ Estimation proposée par L. Cluzel-Métayer, *op. cit.*, p. 449.

²⁹⁵⁶ *Ibid.*

²⁹⁵⁷ C'est notamment le cas du député Patrick Braouezec qui, à l'occasion de séance du 29 mai 2008 consacrée à la modernisation des institutions de la V^e République, affirmait : « *Si chaque citoyen interpelle directement ce nouveau responsable, ce sera ingérable ! On se moque du monde avec un droit illusoire !* ». Et Monsieur Braouezec de poursuivre : « *Que fait le député lorsqu'il reçoit un courrier d'un citoyen qui veut saisir le Médiateur de la République ? Il le reçoit, travaille avec lui pour que sa lettre soit argumentée. [...] Ne soyons pas dupes ! Je mets au défi le Défenseur de pouvoir répondre correctement au recours de chaque citoyen !* » (*J.O.A.N.* du 30 mai 2008, n° 41, compte rendu intégral, séance du 29 mai 2008, p. 2713). Cette vision idyllique du rôle des parlementaires en matière de saisine du Médiateur de la République se doit toutefois d'être nuancée. Comme le souligne Monsieur Pierre Mazeaud, les parlementaires, « *dès qu'ils avaient un dossier un peu complexe (mais ils ne le lisaient souvent même pas...), l'envoyaient au Médiateur qui recevait des dossiers qui touchaient envoyant tout et n'importe quoi. Si les parlementaires eux-mêmes avaient conscience de leur responsabilité, ils n'auraient transmis que des dossiers qui étaient de la compétence du Médiateur* » (in, Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4).

loin encore dans la protection des libertés fondamentales", moyennant un "accroissement modéré de l'enveloppe budgétaire totale" »²⁹⁵⁸, la création du Défenseur des droits se distingue, en effet, en raison d'un alignement vers le haut des prérogatives antérieurement dévolues aux organismes fusionnés et d'une adjonction de nouvelles compétences à l'organisme nouvellement mis en place sans pour autant que ne soit alloués des moyens supplémentaires. En cela, les pouvoirs publics s'écartent du schéma traditionnel consistant à octroyer de nouveaux postes ainsi que des crédits supplémentaires lors de la création de nouvelles autorités administratives indépendantes ou de l'attribution de nouvelles compétences à des autorités déjà existantes²⁹⁵⁹. L'idée étant que « le Défenseur "ferait plus avec pratiquement autant qu'avant" et répondrait ainsi à l'objectif d'optimisation de la dépense publique »²⁹⁶⁰. Séduisant, un tel objectif, non seulement se révèle purement incantatoire²⁹⁶¹, mais, de surcroît, manque pertinemment de réalisme. Car, indépendamment du risque d'augmentation significative des plaintes, les besoins de la nouvelle institution sont immenses et supposent des effectifs étoffés. Comme le souligne la Sénatrice Virginie Klès, si les mutualisations rendues possibles par la création du Défenseur des droits « vont conduire à dégager certaines marges de manœuvre budgétaires, elles ne seront pas suffisantes pour permettre à l'Institution, à budget et personnel constant, de faire face à d'inévitables nouvelles dépenses. En effet, la nouvelle institution devra faire plus et mieux que les anciennes autorités administratives indépendantes »²⁹⁶².

1177. Ce faisant, on peut légitimement s'interroger sur la capacité du Défenseur des droits à gérer l'ensemble des réclamations qui lui seront adressées. Expliquant, dans une certaine mesure, la volonté de l'actuel Défenseur de n'utiliser de l'outil médiatique qu'avec la plus grande prudence, cette problématique a, sans grande surprise, retenue l'attention des parlementaires. Interpellé sur ce point par le sénateur Jean-Claude Peyronnet, Dominique Baudis, conscient du risque d'être submergé par la masse de demandes, précisait, à l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur, qu'« il faudra expliquer ce que le Défenseur des droits peut et ne peut faire, si l'on ne veut pas entraîner de désillusions »²⁹⁶³. Une telle démarche ne saurait, pour autant, suffire pour garantir la capacité de l'institution à gérer le flot de plaintes qui lui parviendra. S'il veut espérer obtenir des résultats en ce sens, le Défenseur des droits doit impérativement s'appuyer sur ses délégués et ses adjoints, développer un réseau performant de délégués départementaux et, surtout, ne pas hésiter à déléguer certaines de ses compétences, c'est-à-dire « développer une large déconcentration en octroyant des prérogatives étendues à ses délégués comme à ses services »²⁹⁶⁴.

²⁹⁵⁸ J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁵⁹ Sur ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 4 et 63.

²⁹⁶⁰ J.-C. Peyronnet, *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁶¹ Jean-Claude Peyronnet rapporte en ce sens que « les arguments avancés par le gouvernement et le Médiateur pour défendre l'idée d'une bonne allocation des ressources sont, comme l'année dernière, largement incantatoires et ne s'appuient sur aucune donnée chiffrée ni aucune projection concrète » (*Ibid.*, p. 25).

²⁹⁶² Cité par Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁹⁶³ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

²⁹⁶⁴ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 924.

1178. A défaut, le Défenseur des droits se trouvera dans l'obligation d'apprécier discrétionnairement celles des affaires qui feront l'objet d'une intervention²⁹⁶⁵. Or, dans une telle situation, le risque d'arbitraire dans les choix que l'institution sera amenée à effectuer ne doit pas être négligé²⁹⁶⁶. Il y a effectivement tout lieu de penser, avec Florian Aumond, que les arbitrages opérés par le Défenseur « *se traduiront par la préférence accordée à certains domaines d'intervention au détriment des autres. Ces choix pourront alors dépendre du rôle que le Défenseur souhaite jouer, tant il est vrai que ses nombreuses prérogatives reposent sur des logiques fondamentalement distinctes, les unes relevant d'une autorité de médiation, cependant que d'autres caractérisent davantage un organe de contrôle* »²⁹⁶⁷. Pire, il n'est pas inenvisageable que l'institution privilégie les questions les plus valorisantes sur le plan médiatique, voire les moins embarrassantes d'un point de vue politique²⁹⁶⁸. Auquel cas la fonction de défense des droits et libertés fondamentaux dont elle se trouve revêtue et, plus largement, le principe d'indivisibilité des droits en seraient considérablement altérés. Aussi convient-il d'espérer, avec Lucie Cluzel-Métayer, que « *la pratique effacera [...] ces craintes, qui restent pour l'heure légitimes, bien que tempérées par l'exigence de motivation des refus* »²⁹⁶⁹.

1179. Plus délicate qu'il n'y paraît, la capacité du Défenseur des droits à répondre à l'ensemble des réclamations qui lui sont adressées s'accompagne d'une autre incertitude : la faculté de l'institution à faire preuve d'une réactivité suffisante malgré l'étendue de sa mission et la complexité de son organisation interne.

D. Une réactivité potentiellement entravée par la lourdeur du dispositif

1180. Assimilé par Robert Badinter à « *un géant bureaucratique lesté de toutes les pesanteurs inhérentes à ce type d'administration* »²⁹⁷⁰, le Défenseur des droits s'avère porteur d'un risque de déficit de réactivité potentiellement attentatoire à l'effectivité de sa mission de défense des droits fondamentaux. Regroupant quatre autorités administratives indépendantes au sein d'une seule et même structure, la nouvelle institution française, compte tenu de la complexité de son organisation interne et de l'ampleur de son mandat, est effectivement susceptible d'accuser une certaine lourdeur dans son fonctionnement²⁹⁷¹. Le problème, comme l'écrit très justement le professeur Xavier Philippe, est que « *son existence n'a de sens que s'il peut agir vite à la fois dans le cadre du cas dont il est saisi, mais également dans les*

²⁹⁶⁵ En ce sens, v. par. ex. : F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 924 ; L. Cluzel-Métayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 453 et 460 ; G. Garrigos, « Le gouvernement veut-il instaurer un Défenseur des droits au rabais ? », *op. cit.*

²⁹⁶⁶ C.N.C.D.H. Ass plén., *Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010*, 30 septembre 2010, p. 2.

²⁹⁶⁷ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 924.

²⁹⁶⁸ Sur ce point, v. not. : C.N.C.D.H. Ass plén., *Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010*, *op. cit.*, p. 2 ; L. Cluzel-Métayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 453.

²⁹⁶⁹ *Ibid.*

²⁹⁷⁰ R. Badinter, *J.O. du Sénat du 3 juin 2010*, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4351.

²⁹⁷¹ En ce sens, v. H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert des européens ? », *op. cit.*, p. 68.

solutions à apporter pour l'avenir aux situations identiques qui ne manqueront pas de se reproduire »²⁹⁷². Classiquement privilégié en raison de sa faculté à traiter rapidement les réclamations qui lui sont adressées, l'ombudsman perd, en effet, de sa raison d'être si sa configuration institutionnelle constitue une entrave à l'effectivité de l'une de ses qualités première : son importante flexibilité.

1181. Dans ces conditions, on comprend les craintes exprimées en cette matière par les autorités indépendantes regroupées au sein de la nouvelle institution française. Dominique Versini, notamment, n'a pas manqué de critiquer l'article 12 du projet de loi organique relative au Défenseur des droits aux termes duquel la nouvelle institution, quand elle intervient en vue de protéger les droits de l'enfant, « [...] consulte un collège composé de trois personnalités désignées respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, en raison de leur compétence dans le domaine de la protection de l'enfance ». S'interrogeant sur le devenir des missions dévolues au Défenseur des enfants à l'aune des Projets de loi organique et ordinaire relatifs au Défenseur des droits, l'ancienne représentante de l'institution « estime un tel collège inadapté à la palette des situations et à l'urgence du traitement des réclamations individuelles concernant les enfants »²⁹⁷³.

1182. Certes, le choix finalement opéré par le législateur organique de limiter l'obligation pour le nouveau Défenseur de consulter les collèges, obligation que l'on retrouve dans les domaines de la lutte contre les discriminations et de la déontologie de la sécurité, aux seules affaires soulevant une question nouvelle conduit à nuancer le propos.

1183. Reste que le Défenseur des droits, s'il demeure une structure fortement personnalisée, ne saurait exercer ses attributions de façon exclusivement solitaire. Au contraire, il est tenu de s'appuyer sur ses adjoints et, à la différence de ses homologues ibériques, sur les membres des collèges en charge de l'assister dans les domaines de la protection de l'enfance, de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité et de la surveillance du respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République²⁹⁷⁴. Par conséquent, on est en droit d'exprimer certains doutes quant à la capacité du Défenseur des droits à faire preuve d'une réactivité suffisante pour satisfaire à l'urgence de certaines situations dont il est parfois saisi²⁹⁷⁵.

1184. En somme, la nouvelle institution française se présente, à l'inverse de certaines autorités qu'elle remplace, comme une structure relativement lourde qui, eu égard à son

²⁹⁷² X. Philippe, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 218.

²⁹⁷³ D. Versini, « Projets de loi organique et ordinaire du 9/09/2009 relatifs au Défenseur des droits. Analyse du devenir des missions actuellement dévolues au Défenseur des enfants par la loi du 6/03/2000 », [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesenfants.fr].

²⁹⁷⁴ En ce sens, v. J. Chevallier, « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 444.

²⁹⁷⁵ Ce n'est rien d'autre que la Commission nationale consultative des droits de l'homme décrit lorsqu'elle affirme qu'« il est à craindre que, de par l'étendue de ses missions et la nature de son organisation, le Défenseur des droits ne dispose pas de la flexibilité et de la réactivité nécessaires pour traiter notamment des situations d'urgence » (C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 4).

organisation collégiale et à l'étendue de sa mission, est susceptible d'accuser une certaine lenteur. Sans qualifier le Défenseur des droits de « *monstre à quatre tête* »²⁹⁷⁶, il est évident que celui-ci ne dispose pas d'une souplesse aussi importante que celle de petites structures telles que le Défenseur des enfants et, surtout, la CNDS²⁹⁷⁷. Accentué par le nombre particulièrement élevé de plaintes qui lui sont adressées²⁹⁷⁸, ce potentiel déficit de flexibilité et de réactivité s'accompagne, de surcroît, d'une éventuelle remise en cause de la relation de proximité censée animer les rapports entre le citoyen et le titulaire de la fonction de Défenseur. Car, ainsi que le soulignait, une fois de plus, Robert Badinter, à l'occasion des débats parlementaires, le Défenseur des droits, placé au sommet d'une structure pyramidale, aura la charge de « [...] *satisfaire à de nombreuses obligations : gestion, représentation, présidence des collègues, même si certaines attributions peuvent être déléguées aux adjoints ; il devra aussi se plier à l'inévitable obligation de remettre à l'exécutif un rapport qui sera ensuite présenté devant le Parlement ; il devra évidemment entretenir avec ces deux pouvoirs, législatif et exécutif, les relations institutionnelles que lui impose sa fonction ; enfin, il devra subir la pesanteur médiatique – même si les médias peuvent aussi exercer sur lui ou elle un certain attrait – , car il faudra bien que le Défenseur s'explique. Bref, compte tenu de l'étendue de ces attributions, l'homme ou la femme que l'on nommera Défenseur des droits, contrairement au Médiateur, ne sera plus "au contact", c'est-à-dire qu'il ou elle n'aura plus avec les administrés la relation aussi directe que possible que ceux-ci attendent* »²⁹⁷⁹. Aussi le Défenseur a-t-il tout intérêt à développer un peu plus encore le réseau des délégués départementaux afin de compenser ce potentiel déficit de proximité entre le représentant de l'institution et les administrés.

1185. Accusant certaines carences institutionnelles par rapport au modèle ibérique de l'*human rights ombudsman* dont il entend s'inspirer, soulevant une série d'interrogations inhérentes à la spécificité de son processus de création, le Défenseur des droits ne saurait, en définitive, proposer une protection strictement équivalente à celle de ses homologues espagnol et portugais. Nécessairement en deçà du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, l'apport de l'institution française pour les droits fondamentaux ne saurait, pour autant, être totalement nul. Au contraire, une lecture objective de son premier rapport annuel d'activité offre l'occasion de constater que, loin d'entraîner une régression de la protection

²⁹⁷⁶ C'est ainsi que le groupe socialiste du Sénat a qualifié, le 20 mai 2010, la future institution française au lendemain de l'adoption d'un amendement rattachant la HALDE à cette autorité, en plus du Défenseur des enfants, de la CNDS et du Médiateur de la République (en ce sens, v. « Le groupe PS du Sénat qualifie le Défenseur des droits de "monstre à quatre têtes" », [en ligne]. Disponible sur [www.gazette-sante-social.fr].

²⁹⁷⁷ A cet égard, le sénateur Jean-Claude Peyronnet affirmait, à l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits que « à l'exception notable du Médiateur, les autorités comme la CNDS et la Défenseure des enfants sont de petites structures, la première citée pouvant même être qualifiée de toute petite structure. Cette taille n'a pas nui à leur efficacité ; au contraire, elle leur a donné une grande souplesse de fonctionnement qui a joué pour beaucoup dans la qualité de leur action. À l'inverse, vous créez une structure lourde, qui risque d'être très administrative, au mauvais sens du terme, entraînant lenteur, manque de lisibilité et coûts excessifs ». (J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4332).

²⁹⁷⁸ La Commission nationale consultative des droits de l'homme n'a pas manqué de pointer du doigt le risque de perte de flexibilité et de réactivité du Défenseur des droits en raison de la surcharge de dossier dont il aura à connaître (rapporté par C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 417).

²⁹⁷⁹ J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4351.

proposée par les autorités regroupées en son sein, le Défenseur français, même s'il est un peu tôt pour porter un jugement définitif, s'avère porteur d'avancées indiscutables en comparaison à ces anciennes autorités. En outre, une étude matérielle de son activité révèle des avancées équivalentes à celles rendues possibles, de l'autre côté des Pyrénées, par les *ombudsmen* ibériques.

Section 2 – Un apport toutefois non négligeable

1186. A défaut d'offrir une protection aussi aboutie que le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais, le Défenseur des droits contribue néanmoins à une consolidation non négligeable des droits fondamentaux. Une étude approfondie du premier rapport annuel d'activité de l'institution donne effectivement à constater que le Défenseur français se trouve à l'origine d'avancées notables dans le domaine des droits de la personne humaine.

1187. Evidemment, il s'agit là d'un premier bilan exigeant une certaine prudence dès lors que cette nouvelle autorité, après seulement une année et demie d'activité, dont les premiers mois « *consacrés au déploiement de l'institution, à sa réorganisation et à la recherche des modes d'intervention les plus appropriés en matière de réclamations individuelles* »²⁹⁸⁰, ne saurait offrir un recul suffisant pour porter un jugement définitif sur son action. Et ce d'autant plus que son premier rapport annuel, s'il renseigne fidèlement sur l'activité du Défenseur, laisse un arrière goût d'inachevé sur certains points. Renvoyant « *l'impression d'une institution un peu abstraite et en retrait, ce qui est en décalage à la fois avec son rôle - elle a à traiter de problèmes très concrets - et avec ses pouvoirs* »²⁹⁸¹, ce rapport, comme le relève, à juste titre, le professeur Rozen Noguellou, propose trop peu d'exemples illustratifs des problèmes soumis au Défenseur des droits et ne comporte pas de synthèse analytique des décisions rendues par l'institution. En outre, les propositions de réformes adoptées par le Défenseur en 2011 et au premier semestre 2012 sont seulement présentées dans un tableau, sans développements sur leur contenu qui permettrait d'en comprendre le sens²⁹⁸². A l'évidence, de telles économies sont susceptibles d'expliquer la brièveté du rapport en comparaison à ceux de ses homologues ibériques²⁹⁸³.

1188. Malgré ces imperfections, il n'en demeure pas moins que ce premier rapport reflète une volonté évidente de la part du Défenseur des droits de contribuer activement au renforcement de la protection des droits de la personne humaine. Le ton est d'ailleurs donné par Dominique Baudis à travers l'éditorial dudit rapport. Conscient que la légitimité du Défenseur des droits « *dépend de sa capacité à exercer ses missions de manière effective et efficace, à offrir à chacun l'accès à l'ensemble de ses droits* »²⁹⁸⁴, Dominique Baudis précise que « *l'égal accès aux droits fondamentaux, l'effectivité des droits, la prévention des risques*

²⁹⁸⁰ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 39.

²⁹⁸¹ R. Noguellou, « Le premier rapport du Défenseur des droits », *D.A.*, 2012, n° 8, alerte 40, p. 3.

²⁹⁸² *Ibid.*

²⁹⁸³ Tandis que les rapports annuel du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* avoisinent, voire dépassent, les mille pages, le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 atteint seulement 149 pages.

²⁹⁸⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 2.

de discrimination ou de rupture d'égalité et la sanction des infractions aux principes républicains fondamentaux sont au cœur d'une culture des droits qui doit se déployer dans l'ensemble de la vie sociale, et dont le Défenseur des droits doit être le garant »²⁹⁸⁵. Surtout, ces engagements, loin de demeurer au rang de simples déclarations d'intentions, ont trouvé leur écho dans la pratique.

1189. Outre une importante activité d'information et d'orientation²⁹⁸⁶, reflétant « *les difficultés de nos concitoyens, en particulier les plus défavorisés, à se repérer dans un univers administratif à la complexité croissante* »²⁹⁸⁷, les premiers pas de l'institution révèlent que le Défenseur des droits se trouve à l'origine, non seulement d'un renforcement des droits fondamentaux anciennement protégés par les autorités regroupées en son sein (§ 1), mais également d'avancées similaires à celles proposées par ses homologues espagnol et portugais (§ 2).

§ 1. Le renforcement des droits fondamentaux anciennement protégés par les autorités fusionnées

1190. Portant le risque d'une dilution des spécificités de chaque autorité administrative indépendante intégrée au sein de la nouvelle entité, la spécificité du processus de création du Défenseur des droits a pu laisser craindre à un recul de la protection des droits et libertés jusqu'ici défendus par les autorités fusionnées en raison d'une plus faible prise en considération des particularités de chaque domaine²⁹⁸⁸. A l'évidence, les premiers mois d'activité de l'institution se veulent particulièrement rassurant sur ce point. Soucieux, on l'a vu, de préserver la visibilité des missions anciennement poursuivies par le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE, au risque peut être de négliger les autres catégories de droits fondamentaux, l'actuel Défenseur a mis un point d'honneur à intervenir activement dans ces matières. Ainsi, loin de participer, comme le craignaient certains, d'une régression de la protection offerte par les autorités regroupées, l'action du Défenseur des droits s'inscrit, au contraire, dans une dynamique de continuité de cette protection (A). Surtout, elle s'avère, sur certains points, porteuse d'avancées évidentes en comparaison à l'ancien système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits fondamentaux (B).

A. Une continuité certaine par rapport à la protection offerte par les autorités fusionnées

1191. S'affichant comme « *une institution garante des expériences acquises* »²⁹⁸⁹, le Défenseur des droits a mis un point d'honneur, au cours de sa première année d'activité, à

²⁹⁸⁵ *Ibid.*

²⁹⁸⁶ Le rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 rapporte en ce sens que sur 65 902 réclamations, les délégués à la médiation ont reçu 33 174 demandes d'informations et d'orientations et 32 203 réclamations proprement dites (*Ibid.*, p. 76).

²⁹⁸⁷ *Ibid.*

²⁹⁸⁸ En ce sens, v. O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 407.

²⁹⁸⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 11.

assurer la continuité des différentes activités menées jusque-là par chacune des entités désormais réunies²⁹⁹⁰.

1192. De nature à rassurer les plus inquiets vis-à-vis du processus de « fusion-absorption » opéré par le législateur organique, cette continuité transparaît d'emblée sur le plan quantitatif. Exception faite du volume de réclamations adressées à la nouvelle institution dans le cadre de ses missions de protection de l'enfance, de surveillance du respect de la déontologie de la sécurité et de lutte contre les discriminations, qui a sensiblement varié entre 2010 et 2011, le Défenseur des droits et les autorités qu'il remplace présentent, en effet, de nombreuses similitudes d'un point de vue statistique. C'est ainsi que, dans le champ de la lutte contre les discriminations, par exemple, la répartition des réclamations adressées à la HALDE, entre 2005 et 2010, et au Défenseur des droits, en 2011, qu'elle soit fondée sur le type de discrimination ou le domaine de manifestation des discriminations, se révèle globalement identique. S'agissant de la répartition des réclamations par types de discriminations, arrivent en tête, et de loin, les discriminations en raison de l'origine, avec un total de 28,8 % pour la HALDE et de 23,5 % pour le Défenseur des droits, suivies des discriminations en raison de la santé ou du handicap, qui représentent 19,4 % des plaintes adressées à la HALDE et 23 % de celles adressées au Défenseur des droits²⁹⁹¹. Quant à la répartition des réclamations reposant sur le domaine de manifestation des discriminations, il s'agit du domaine de l'emploi, loin devant ceux du logement et de l'éducation, où les réclamations sont les plus nombreuses, avec un total de 48,8 % s'agissant de la HALDE et de 48,3 % concernant le Défenseur des droits²⁹⁹². De même, en matière de protection de l'enfance, la répartition des plaintes par typologie de réclamant est relativement constante selon que l'on s'intéresse au Défenseur des enfants ou Défenseur des droits. Les réclamations adressées aux deux institutions provenant en grande majorité des parents, en tête desquels la mère, suivis des enfants eux-mêmes²⁹⁹³.

1193. Mais, au-delà de cet aspect quantitatif, c'est essentiellement une approche matérielle qui permet de rendre compte de la continuité existante entre l'action du Défenseur des droits et celle des autorités administratives indépendantes qu'il regroupe. Evidemment, il ne saurait être ici question de rendre compte de façon exhaustive de la première année d'activité du Défenseur des droits dans les domaines de la protection de l'enfance, de la déontologie de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Il s'agit seulement de démontrer, sur la base d'exemples illustratifs, que l'institution s'est efforcée de poursuivre, dans les grandes lignes, la protection offerte par les autorités regroupées en son sein. Deux facteurs permettent d'en rendre compte : la préoccupation du Défenseur des droits pour des problématiques similaires à celles du Défenseur des enfants, de la CNDS et de la HALDE (1), le recours à une stratégie d'action analogue à celle des autorités regroupées (2).

²⁹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 18 et 47.

²⁹⁹¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 103.

²⁹⁹² *Ibid.*, p. 104.

²⁹⁹³ En 2009, par exemple, 51 % des réclamations adressées au Défenseur des enfants sont le fait des parents, dont 34 % en provenance des mères et 17 % en provenance des pères, et 9 % des enfants (rapporté par O. Bui-Xuan, « Le Défenseur des enfants : une émancipation réussie », *op. cit.*, p. 357). Quant au Défenseur des droits, 60 % des réclamations reçues par l'institution en 2011 sont le fait des parents et 8 % des enfants (en ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 93).

1. Des préoccupations identiques

1194. Qu'elles résultent de réclamations adressées à l'institution ou de procédures d'action d'office, les interventions du Défenseur des droits dans les matières relevant par le passé du domaine de compétence des autorités fusionnées révèlent, chez la nouvelle institution, des préoccupations similaires à celle du Défenseur des enfants, de la CNDS et de la HALDE. Trois facteurs en témoignent.

1195. Tout d'abord, la conclusion par le nouveau Défenseur des dossiers en cours de traitement hérités des autorités fusionnées. Le domaine de la déontologie de la sécurité offre de nombreux exemples en ce sens, parmi lesquels les décisions n° 2009-207 et n° 2010-175 du Défenseur des droits.

1196. Dans la première affaire²⁹⁹⁴, dont la CNDS avait été initialement saisie le 25 novembre 2009 par la Sénatrice Alima Boumediene-Thiery, le Défenseur avait à connaître du décès d'une personne au comportement agité et souffrant de troubles psychiatriques, Monsieur B., intervenu à l'occasion de son interpellation par la police dans le cadre d'un conflit, le 12 novembre 2009, dans le Doubs, avec son pharmacien. Sorti par la force de la pharmacie, Monsieur B., au cours de l'interpellation, est placé, allongé, dans un fourgon, une menotte reliée au mobilier. Continuant de se débattre, deux policiers se mettent debout sur ses fesses et ses mollets, un troisième à califourchon sur ses épaules. Compte tenu de l'état de crise de l'intéressé, le quatrième fonctionnaire de police demande l'assistance des pompiers. A leur arrivée, ceux-ci demandent que Monsieur B. soit démenotté. Craignant une réaction violente de sa part, les policiers refusent. Un quart d'heure après, Monsieur B. fait un arrêt cardiovasculaire et décède dans l'heure qui suit. Constatant que la précipitation avec laquelle les actes des policiers se sont enchaînés les a conduits à faire une appréciation erronée de la situation de Monsieur B.²⁹⁹⁵, le Défenseur des droits a recommandé, sur le plan individuel, que les fonctionnaires de police fassent l'objet d'une procédure disciplinaire, d'une part, pour avoir utilisé un recours ininterrompu et disproportionné à la force, dangereux pour l'intégrité physique de Monsieur B., d'autre part, pour avoir méconnu l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en raison du caractère inhumain et dégradant des gestes de maintien qu'ils ont fait subir à Monsieur B. dans le fourgon. Sur un plan plus général, le Défenseur des droits a, par ailleurs, recommandé le renforcement de la formation initiale et continue des forces de l'ordre quant à la prise en charge des personnes vulnérables. Il a également rappelé, dans la lignée des avis de la CNDS, la dangerosité des gestes de compression thoracique et souhaité que soit introduit, dans le code de déontologie de la police nationale ou le règlement général d'emploi de la police nationale, une disposition similaire à celle de l'article 44 du code européen d'éthique de la police, précisant que « *les personnels de police doivent agir avec intégrité et respect envers la population, en tenant tout*

²⁹⁹⁴ Décision du Défenseur des droits n° 2009-207, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

²⁹⁹⁵ Le Défenseur des droits souligne à ce titre l'extrême rapidité avec laquelle les faits se sont déroulés, seulement dix minutes s'étant écoulées entre l'arrivée des fonctionnaires de police dans la pharmacie et celle des pompiers (*Ibid.*, p. 8).

spécialement compte de la situation des individus faisant partie des groupes particulièrement vulnérables ».

1197. La seconde affaire concerne également un décès survenu à la suite d'une interpellation menée par des fonctionnaires de police²⁹⁹⁶. En l'espèce, trois gardiens de la paix se rendent, à la suite d'un appel radio en date du 13 décembre 2010, dans un foyer d'hébergement de travailleurs à Marseille afin d'interpeller Monsieur Z. en raison de coups de couteau portés par celui-ci à son voisin de chambre. Tandis que l'un des policiers tente de pénétrer dans la chambre, Monsieur Z. lui jette un *mug* sur la tête avant de se saisir d'un verre. S'estimant en état de légitime défense, le gardien de la paix, porteur d'un *flash-ball*, tire sur Monsieur Z. au niveau du torse. Menotté par les deux autres policiers, Monsieur Z., inconscient, est finalement pris en charge par les pompiers. Il décède le lendemain d'un œdème cérébral et d'un œdème pulmonaire directement liés, d'après le rapport d'expertise versé au dossier d'instruction, au tir de *flash-ball*. La CNDS, saisie du dossier le 14 décembre 2010 par le Député Jean-Pierre Brard, n'ayant pu traiter l'affaire au fond, c'est finalement le Défenseur des droits qui s'en charge. Après enquête, celui-ci établit que la distance entre Monsieur Z. et le policier ayant eu recours au *flash-ball* était inférieur à cinq mètres, distance à laquelle l'utilisation de cette arme, au vu de la notice de la Direction générale de la police nationale, « peut entraîner des lésions graves, pouvant être irréversibles, voire mortelles ». Le Défenseur conclut que « la menace présentée par Monsieur Z., seul face à trois policiers et porteur, non plus d'un couteau mais d'un mug, puis d'un verre, ne pouvait justifier le recours à un moyen de défense potentiellement meurtrier, tel un tir de "flash-ball" à une distance aussi courte, de surcroît au niveau du thorax de l'individu »²⁹⁹⁷. Aussi a-t-il recommandé que le policier fasse l'objet de poursuites disciplinaires pour usage disproportionné de la force, en violation de l'article 9 du code de déontologie de la police nationale.

1198. Toujours dans cette perspective de conclusion des dossiers hérités des anciennes autorités indépendantes, le Défenseur des droits s'est efforcé d'intervenir systématiquement dans les instances pendantes devant les juridictions où la HALDE avait décidé de présenter des observations²⁹⁹⁸. Une affaire, parmi d'autres, permet d'illustrer le propos. En l'espèce, il s'agissait d'une motion « retraite », adoptée par le syndicat local de l'école de ski d'un grand domaine skiable, empêchant les moniteurs âgés de plus de 61 ans d'exercer leur activité en dehors des périodes de congés scolaires. Impliquant une limitation des sources de revenus et, pour l'avenir, des droits à la retraite des moniteurs, cette décision, considérée comme une discrimination en raison de l'âge par certains moniteurs, fit l'objet d'un recours devant le tribunal de grande instance d'Albertville. Saisie du dossier, le Défenseur des droits présenta devant le tribunal les observations adoptées par la HALDE, concluant à une discrimination directe en raison de l'âge. Observations accueillies favorablement par le tribunal qui, à travers une décision du 21 février 2012, estima que la mesure litigieuse caractérisait effectivement une discrimination en raison de l'âge et devait être retirée²⁹⁹⁹.

²⁹⁹⁶ Décision du Défenseur des droits n° 2010-175, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

²⁹⁹⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, pp. 124-125.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 105.

²⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 106.

1199. Ensuite, le Défenseur des droits n'a pas hésité à reprendre à son compte des réflexions d'ensemble impulsées par les autorités qu'il remplace, spécialement lorsque les conseils prodigués dans le cadre de ces réflexions n'ont pas été suivis d'effets. C'est ainsi que, dans la continuité des réflexions engagées par l'ancienne Défenseure des enfants, Dominique Versini, le Défenseur des droits a pointé du doigt les lacunes de la prise en charge pédopsychiatrique en France, spécialement dans les départements d'Outre-mer³⁰⁰⁰. De la même façon, la nouvelle institution, interpellée sur le cas des jeunes apprentis soumis à des conditions d'apprentissage difficiles, a préconisé, auprès des ministères concernés, le renforcement des protections institutionnelles, en matière de conditions de travail et de harcèlement, dont bénéficient ces jeunes travailleurs³⁰⁰¹.

1200. Mais c'est essentiellement dans le domaine de la déontologie de la sécurité que ce phénomène trouve à s'exprimer. Insistant à plusieurs reprises, à travers son rapport d'activité pour l'année 2011, sur la continuité de sa mission avec celle de la CNDS, le Défenseur des droits a, par exemple, poursuivi la réflexion engagée par la Commission sur l'utilité et les modalités d'usage des armes dites à létalité réduite. Motivée, dans une importante mesure, par la persistance d'affaires faisant état de manifestants blessés par des tirs de *flash-ball super pro*³⁰⁰², et ce malgré un avis formulé en 2010 par la CNDS afin que cette arme de défense, eu égard à l'imprécision des trajectoires de ses tirs, ne soit pas utilisée « *lors des manifestations sur la voie publique, hors les cas exceptionnels qu'il conviendrait de définir strictement* »³⁰⁰³, cette réflexion a conduit Dominique Baudis à recommander que « *la formation et les conditions du renouvellement des habilitations à l'usage des lanceurs de balles de défense soient renforcées* »³⁰⁰⁴. Plus largement, les différentes affaires dont a été saisi le Défenseur des droits ont incité ce dernier à s'interroger sur l'opportunité du recours à ces armes. Le ministre de l'intérieur, de son côté, a fait savoir qu'une « *réflexion [était] en cours [...] sur l'évaluation du matériel concerné et sur les évolutions qui pourraient être envisagées quant à son emploi* »³⁰⁰⁵. Dans un registre similaire, le Défenseur français s'est également penché, à la suite de la CNDS, sur l'usage du pistolet à impulsion électrique. A ce titre, il a rappelé la position du Comité européen de prévention de la torture sur cette question : « *l'utilisation d'armes à impulsion électrique devrait se limiter aux situations où il existe un danger réel et immédiat pour la vie ou un risque évident de blessures graves [...]* »³⁰⁰⁶. Au Comité d'ajouter que « *des fonctionnaires chargés de l'application des lois et correctement formés ont de*

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 97.

³⁰⁰¹ *Ibid.*

³⁰⁰² On songera, par exemple, à ce jeune garçon mahorais de 9 ans gravement blessé à l'œil par un tir de *flash-ball* au cours d'une manifestation à Mayotte le 7 octobre 2011 (sur cette affaire, v. par ex. : M. Henry, « Le Défenseur des droits attaque un gendarme », *Libération*, 16 juillet 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.libération.fr]). Ou, encore, à ce mineur, blessé au visage par un tir de lanceur de balle de défense 40 x 46 au cours d'une manifestation lycéenne. Si les policiers justifient le recours au lanceur de balle par un état de légitime défense, dans la mesure où ils se trouvaient confrontés à « *une pluie de projectiles* », l'enquête a révélé qu'aucun jet de projectile n'avait été effectué dans un temps immédiat avant l'utilisation du lanceur de balle (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, 126).

³⁰⁰³ Avis de la CNDS n° 2009-133 (*Rapport 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, p. 45).

³⁰⁰⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 126.

³⁰⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁰⁶ Rapport général du CPT, 2009-2010, §. 70. Cité par Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, pp. 126-127.

nombreuses techniques de contrôle à leur disposition lorsqu'ils sont au contact direct d'une personne qu'ils doivent maîtriser »³⁰⁰⁷.

1201. Une autre illustration de la réception, par le Défenseur des droits, des réflexions engagées par la CNDS, réside dans la condamnation de l'habitude prise par les fonctionnaires de police de procéder de façon systématique et non justifiée à une palpation de sécurité dans le cadre des contrôles d'identité effectués sur réquisition du procureur de la République. En réaction à cette systématisme, la Commission nationale avait recommandé, sans qu'aucune suite n'ait été donnée, que des « *instructions plus précises soient diffusées sur les circonstances dans lesquelles une palpation peut être décidée* »³⁰⁰⁸. Dans le droit fil de la position de la CNDS, le Défenseur des droits, saisi de plusieurs réclamations dénonçant un recours excessif aux palpations de sécurité, a rappelé qu'« *en l'absence de raison laissant supposer que la personne dissimule des objets prohibés, [la palpation] constitue une atteinte à la dignité humaine disproportionnée par rapport au but atteint* »³⁰⁰⁹. Accueillie favorablement, cette recommandation a conduit le ministre de l'intérieur à rappeler aux fonctionnaires mis en cause que les contrôles d'identité ne devaient pas être systématiquement assortis d'une palpation de sécurité. De surcroît, le Défenseur des droits s'est engagé à mener à bien une réflexion sur les modalités de réalisation des contrôles d'identité³⁰¹⁰. Cette réflexion, entreprise dans une perspective comparatiste consistant dans l'étude des pratiques de police à l'étranger, a finalement abouti à la publication, fin 2012, d'un *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*³⁰¹¹.

1202. Enfin, l'analogie des problématiques soulevées par les affaires dont est saisi le Défenseur des droits dans le domaine de la protection de l'enfance, de la déontologie de la sécurité et de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité et celles rencontrées par les entités regroupées se révèle, à son tour, propice à la poursuite de l'œuvre entreprise par les anciennes autorités administratives indépendantes. Le Défenseur des droits, en une année d'activité, s'est ainsi intéressé à l'ensemble des hypothèses de discriminations³⁰¹², qu'il s'agisse de la discrimination en raison de l'origine ou de la religion³⁰¹³, de la santé ou du handicap³⁰¹⁴, de l'âge³⁰¹⁵, du sexe³⁰¹⁶ ou, encore, de l'activité

³⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 127.

³⁰⁰⁸ Avis de la CNDS n° 2009-77 et 2009-211 (*Rapport 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, p. 36).

³⁰⁰⁹ Décision du Défenseur des droits n° 2010-34 (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 130).

³⁰¹⁰ *Ibid.*

³⁰¹¹ [En ligne]. Disponible sur [<http://www.defenseurdesdroits.fr>].

³⁰¹² *Ibid.*, p. 103.

³⁰¹³ Les exemples en cette matière sont légions. On songera à la situation de quatre jeunes femmes d'origine africaine, inscrites dans un centre de formation en vue d'obtenir un diplôme d'état d'auxiliaire de vie sociale et subissant, dès leurs premiers jours de cours, un harcèlement discriminatoire de la part de leur formatrice consistant à leur interdire toute question ou prise de parole, contrairement aux autres élèves de type européen, et à leur refuser la consultation de leur livret de notation. Saisi de la question, le délégué du Défenseur des droits en charge de la lutte contre les discriminations organise une réunion avec les quatre réclamantes et la directrice du centre concerné au terme de laquelle la directrice régionale et celle du centre en cause se sont engagées à suivre personnellement la formation des quatre jeunes femmes ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]). Il est également possible de citer la saisine du Défenseur des droits par six militaires, affectés à un escadron de la gendarmerie mobile, faisant état du harcèlement de certains de leurs collègues, en raison de leur origine ou de leur religion, au sein de leur unité. Après vérification des faits allégués,

syndicale³⁰¹⁷. De même, dans la continuité de la CNDS, le Défenseur des droits a reçu un nombre significatif de réclamations dénonçant des refus d'enregistrer des plaintes de la part de fonctionnaires de police ou de militaires de la gendarmerie. Attachant une importance particulière à cette question, le Défenseur a, d'une part, rappelé l'obligation pour la police judiciaire, prévue par l'article 15-3 du code de procédure pénale, de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et, d'autre part, précisé qu'il ne manquera pas d'alerter les autorités concernées sur la nécessité de respecter les règles en vigueur³⁰¹⁸. Par ailleurs, le Défenseur des droits a également été amené à connaître de la situation d'une jeune ressortissante marocaine en situation irrégulière placée en garde à vue et reconduite à la frontière à la suite de sa présentation dans une brigade de gendarmerie pour demander de l'aide après avoir été victime de coups et blessures. Conformément à la position de principe de la CNDS sur ce point³⁰¹⁹, le Défenseur a indiqué que « *le fait de mettre en œuvre immédiatement une procédure de reconduite à la frontière à l'encontre d'une personne venue dénoncer aux forces de l'ordre une infraction dont elle a été victime conduit à interdire aux victimes d'infractions dépourvues de titre de séjour de déposer plainte et de faire sanctionner les auteurs, permettant ainsi leur impunité* »³⁰²⁰. Partageant les conclusions du

le Défenseur a réclamé auprès de la hiérarchie des plaignants la mise en œuvre de sanctions disciplinaires contre les auteurs du harcèlement ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

³⁰¹⁴ Ici également les exemples sont particulièrement nombreux. On songera, entre autres, au cas de Vincent, 12 ans, diabétique insulino-dépendant, qui se qualifie pour les championnats du Rhône de judo mais se voit refuser l'inscription à cette compétition par le directeur administratif du comité du Rhône de judo en raison de son problème de santé. Après examen du dossier, le délégué du Défenseur en charge de la lutte contre les discriminations a envoyé un courrier circonstancié, appuyé par une délibération de la HALDE qui rappelle les règles de droit applicable en matière de non discrimination liée au handicap, au directeur. Ce dernier a revu sa position et inscrit le jeune Vincent à la compétition ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

³⁰¹⁵ Une illustration en ce sens est donnée par le cas de Muguette, retraitée, qui se voit refuser la location d'un appartement par l'agence qui a la gestion du bien au motif qu'elle touche une pension de retraite qui ne peut être saisie en cas de défaut de paiement du loyer. Au terme d'une enquête, le Défenseur des droits conclut à une situation de discrimination fondée sur l'âge. Le Procureur de la République engage des poursuites contre l'agence immobilière et invite le Défenseur à lui transmettre ses conclusions qui sont suivies. Le tribunal condamne l'agence immobilière à 4000 euros d'amende et Muguette obtient 1000 euros de dommages et intérêts ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

³⁰¹⁶ Le Défenseur des droits a, par exemple, été saisi d'une plainte d'un salarié contestant le décompte de son salaire d'une journée de congé, prise sans l'accord de sa hiérarchie, car son fils était malade, alors que le livret statutaire de l'entreprise accorde aux femmes, sur présentation d'un justificatif médical, un congé pour enfant malade. Après enquête, la déléguée départementale du Défenseur des droits de la Sarthe établit une situation de discrimination liée au sexe. La discrimination ainsi prouvée, la déléguée rencontre l'inspecteur du travail qui contacte la responsable des ressources humaines de l'entreprise. L'entreprise accepte l'ouverture, sur une période test, des jours pour enfants malades à l'ensemble des salariés. En outre, la journée de congé est remboursée à Patrick ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

³⁰¹⁷ Le Défenseur des droits a notamment eu à connaître du licenciement d'une salariée, travaillant à temps partiel dans une entreprise d'import-export, en raison de ses activités syndicales. Après sa demande d'organisation d'élections des délégués du personnel, ses relations avec son employeur s'étaient fortement dégradées. Victime de harcèlement moral et d'insultes, la salariée se voyait, de surcroît, reprocher par son employeur un manque de sérieux et une baisse de ses résultats pour finalement recevoir, peu de temps après, un courrier l'informant de son licenciement. Le conseil des prud'hommes, s'appuyant sur les conclusions du Défenseur des droits, ayant permis de mettre en évidence que les relations entre la salariée et son employeur s'étaient détériorées dès la demande d'organiser des élections dans l'entreprise, a déclaré le licenciement nul et a condamné la société à verser 175 000 euros à sa salariée ([en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr]).

³⁰¹⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 129.

³⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 127.

³⁰²⁰ Décision du Défenseur des droits n° 2010-66 (*Ibid.*).

Défenseur des droits, le ministre de l'intérieur a assuré que les exigences de loyauté à l'égard des personnes en situation irrégulière seraient rappelées à l'ensemble des unités de la police nationale et des militaires de la gendarmerie³⁰²¹.

1203. Animé par la volonté d'inscrire son action dans la continuité logique de la protection offerte par les autorités qu'il regroupe, le Défenseur des droits se montre attentif à des préoccupations similaires à celles du Défenseur des enfants, de la CNDS et de la HALDE. Cette continuité se manifeste, de surcroît, au regard du recours par le Défenseur des droits à des stratégies d'action similaires à celles des autorités réunies en son sein.

2. Des stratégies d'action similaires

1204. Empruntant de nombreux traits caractéristiques aux autorités qu'il regroupe, le Défenseur des droits se distingue en raison de modalités d'action globalement similaires à celles privilégiées par ces mêmes autorités. Mise en évidence par la pratique, cette analogie s'exprime avec une acuité particulière dans le domaine de la défense des droits des enfants et celui de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité.

1205. Bénéficiant, au sein de l'institution, d'une attention spécifique en raison de la fragilité du public visé et de la sensibilité des questions qui peuvent se poser³⁰²², la défense des droits de l'enfant, en premier lieu, repose sur un mode de fonctionnement largement similaire à celui de l'ancien Défenseur des enfants. Soucieux d'offrir une protection au moins équivalente à celle de l'autorité qu'il remplace en cette matière, le Défenseur des droits s'attache notamment à préserver la plupart des moyens d'action et d'intervention développés par son prédécesseur. Outre la mise en place, au sein du département « protection des personnes » de la nouvelle institution, d'un pôle consacré à la défense des enfants qui reprend les missions et les agents expérimentés antérieurement en charge de ces questions³⁰²³, en témoigne le maintien du dispositif des jeunes ambassadeurs des droits auprès des enfants. Au nombre de 36 en 2011-2012, ces jeunes ambassadeurs, recrutés dans le cadre de leur mission de service civique, sont investis d'une double mission de sensibilisation des enfants et des adolescents à l'ensemble de leur droits et libertés, tels que garantis, notamment, par la Convention internationale des droits de l'enfant, et de promotion de l'institution du Défenseur des droits et de ses missions. En 2010-2011, les jeunes ambassadeurs sont ainsi intervenus dans 140 collèges, 23 structures de loisirs et autant de structures spécialisées, touchant par ce biais 22 785 enfants. Désormais rattaché au service réseau territorial de l'institution, ces jeunes ambassadeurs, présents dans 12 départements, sont également amenés, quoique de façon plus occasionnelle, à recueillir des confidences d'enfants jugées préoccupantes, lesquelles peuvent donner lieu à des alertes traitées par le pôle défense des enfants de l'institution³⁰²⁴.

³⁰²¹ *Ibid.*

³⁰²² Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 91.

³⁰²³ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à l'organigramme du Défenseur des droits reproduit au sein de l'annexe 2.

³⁰²⁴ Sur l'ensemble de ces questions, v. spéc. : Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 99 ; *Bilan 2011-2012 du programme jeunes ambassadeurs des droits auprès des enfants*, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

1206. La continuité de l'œuvre accomplie par le Défenseur des enfants s'exprime également sur le terrain du rapport élaboré chaque année par le Défenseur des droits à l'occasion de la journée mondiale des droits de l'enfant. Conformément au souhait du législateur organique, le Défenseur français, à l'instar de son prédécesseur, a ainsi fait parvenir au Président de la République, le 20 novembre 2011, son premier rapport consacré aux droits de l'enfant. Abordant la thématique de la défense et de la promotion des droits des enfants confiés et des enfants placés³⁰²⁵, ce rapport rappelle les rouages du placement en institution, caractérisé par un double circuit de décision : la protection administrative, placée sous la responsabilité du Conseil général, et la protection judiciaire, confiée au juge des enfants, et parfois au Procureur de la République³⁰²⁶. Surtout, il se propose de mettre en exergue la difficulté de concilier « *la protection impérativement due à l'enfant en danger dans son milieu familial et le droit au respect de sa vie familiale* »³⁰²⁷. Parce que les enfants accueillis en institution ont également le droit de vivre en famille, il apparaît indispensable, aux yeux du Défenseur des droits, de préserver les liens entre les enfants placés et leurs famille. Aussi le rapport préconise-t-il aux acteurs de l'aide sociale d'intensifier l'implication et la participation effective des parents de l'enfant placé. Par ailleurs, ce rapport s'attaque également aux conséquences néfastes pour l'enfant des abus de placement et des ruptures trop nombreuses dans son mode de vie. Concernant 48 600 enfants, le placement en institution, en dépit de son objectif de protection des enfants, peut effectivement prendre la forme de nombreux allers et retours sources de rupture entre les modes et les lieux d'accueils et susceptibles de créer de véritables traumatismes. Dans l'intérêt de l'enfant et de la préservation de ses droits fondamentaux, il est alors nécessaire, d'une part, d'inscrire son retour au sein de la famille dans la cohérence de son parcours, en lui donnant les moyens de nature à lui permettre de s'intégrer dans sa nouvelle vie et, d'autre part, de mettre en place un soutien psychologique adapté au bénéfice de toute la famille.

1207. Le champ de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, en second lieu, présente une continuité tout aussi étroite entre l'action de l'actuel Défenseur des droits et celle de l'ancienne HALDE. C'est ainsi que, dans le cadre de sa mission de promotion des droits et de l'égalité, le Défenseur s'évertue, dans un registre similaire aux rapports existants par le passé entre la Haute autorité et le milieu associatif, d'entretenir des échanges continus avec les organisations de la société civile rassemblant des victimes d'atteinte aux droits ou à l'égalité. Pour ce faire, le Défenseur a instauré des comités d'entente, réunissant des associations ou des fédérations d'associations nationales, sur des thématiques identifiées, à l'image du comité sur le handicap et du comité lesbiennes, gay, bisexuels et transgenres, dit LGBT, et bientôt du comité santé, du comité égalité femme-homme et du comité enfance³⁰²⁸. Semestrielles, les réunions de ces comités d'entente, comme le souligne le rapport annuel d'activité du Défenseur pour l'année 2011, « [...] permettent au Défenseur des droits et aux

³⁰²⁵ Défenseur des droits, *Rapport 2011 consacré aux droits de l'enfant : Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits*, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰²⁶ Sur ces questions, v. en part. M.-A. Alexis, *Enfance en danger : critères et traitements des situations*, th. dactylographiée, Pau, 2012.

³⁰²⁷ J. Rubellin-Devichi, « "Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits". A propos du rapport d'activité 2011 du Défenseur des enfants », *J.C.P. G.*, 2011, n° 49, p. 2395.

³⁰²⁸ Sur ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 40.

associations de partager et confronter leurs analyses, d'identifier des problématiques émergentes et de mettre en débat les mesures susceptibles d'améliorer l'accès aux droits. Au sein de ces forums sont présentées les initiatives et prises de positions du Défenseur des droits ainsi que les avancées d'intérêt général, notamment sur le plan juridique et social, auxquelles donne lieu l'intervention du Défenseur des droits »³⁰²⁹.

1208. En outre, et toujours dans le domaine de la promotion des droits et de l'égalité, le Défenseur des droits a emprunté à la HALDE le système des modules de formation en ligne – *e-learning*, destinés à la formation des internautes sur le droit de la discrimination ainsi que sur les stéréotypes et les préjugés³⁰³⁰. Le 4 septembre 2012, le Défenseur des droits, soucieux de faire prendre conscience à chacun des risques de discriminations qui peuvent surgir dans tout un ensemble de situations de la vie de tous les jours, annonçait, en effet, la mise en ligne de trois modules de sensibilisation et de formation à distance, respectivement consacrés à la promotion de l'égalité dans la vie quotidienne, dans l'éducation et dans l'emploi³⁰³¹.

1209. Dans le même ordre d'idée, le Défenseur des droits s'inspire des campagnes d'informations et de sensibilisations entreprises par l'ancienne HALDE, au moyen de tracts, de brochures ou, encore, d'affiches publicitaires³⁰³², en vue de promouvoir un changement des pratiques des potentiels contrevenants au droit à la discrimination ou au principe d'égalité. A ce jour, de telles campagnes ont été réalisées en matière de lutte contre les discriminations dans l'accès au logement et dans le domaine de la promotion de l'emploi des personnes en situation de handicap. Dans la perspective de favoriser l'égalité de traitement des candidats à la location privée, le Défenseur des droits a imprimé des brochures visant à faciliter la connaissance des droits des candidats à la location³⁰³³. Afin de contribuer à la mise en œuvre des principes de non-discrimination à l'emploi et d'aide à l'emploi des personnes souffrant d'un handicap, prévus par la loi du 11 février 2005³⁰³⁴, le Défenseur français a entrepris une campagne d'information des employeurs privés sur leurs obligations par le biais de dépliants conçus sous forme de conseils pratiques³⁰³⁵.

1210. S'inscrivant, en raison de ses modalités d'exercice et des affaires traitées, dans une perspective de continuité de la protection offerte par le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE, l'action du Défenseur des droits, en comparaison à celle des autorités qu'il regroupe, se révèle, par ailleurs, et surtout, porteuse d'une valeur ajoutée source d'avancées salutaires.

³⁰²⁹ *Ibid.*

³⁰³⁰ En ce sens, v. D. Borrillo et V.-A. Chappe, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 375.

³⁰³¹ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰³² Sur cette activité de la HALDE, v. par ex. D. Borrillo et V.-A. Chappe, *op. cit.*, pp. 375-376.

³⁰³³ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰³⁴ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *J.O.* du 12 février 2005, p. 2353.

³⁰³⁵ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

B. Des avancées saluaires par rapport à la protection offerte par les autorités fusionnées

1211. Loin d'entraîner un recul de la protection offerte par les autorités qu'il regroupe, le Défenseur des droits, en dépit, d'une part, des carences affectant sa configuration institutionnelle, d'autre part, des critiques et des incertitudes inhérentes à son processus de création, se trouve, au contraire, à l'origine d'un renforcement de la garantie des droits et libertés anciennement protégés par les autorités fusionnées.

1212. En témoigne, sur un plan strictement quantitatif, l'augmentation du nombre de saisines dans le domaine de la déontologie de la sécurité et de la protection de l'enfance. Avec 363 dossiers reçus en 2011 pour 185 en 2010³⁰³⁶, l'augmentation atteint 96,2 % s'agissant de la déontologie de la sécurité. Quant à la protection des droits des enfants, l'augmentation s'élève à 20 %, avec un total de 1495 dossiers reçus en 2011 contre 1250 en 2010, conduisant le Défenseur des droits à connaître, au cours de l'année 2011, de la situation, individuelle ou collective, de 3 878 enfants³⁰³⁷. Une telle augmentation, qui ne saurait signifier un accroissement des manquements commis par les forces de sécurité ou des atteintes portées aux droits des enfants³⁰³⁸, trouve une explication logique à travers deux facteurs de nature à étayer la thèse selon laquelle le Défenseur des droits se trouve porteur d'une avancée indéniable pour la garantie des droits jusqu'ici protégés par les autorités auxquelles il s'est substitué.

1213. Le premier, spécifique à la mission déontologie de la sécurité, tient à la suppression du filtre parlementaire et à la possibilité pour tout citoyen de s'adresser directement au Défenseur des droits dans cette matière³⁰³⁹.

1214. Le second, commun au domaine de la déontologie de la sécurité et de la protection de l'enfance, réside dans la notoriété, très certainement supérieure à celle des autorités qu'il regroupe, en particulier la CNDS³⁰⁴⁰, dont jouit le Défenseur des droits³⁰⁴¹. En d'autres termes, et contrairement à ce que craignaient certains auteurs, le Défenseur favorise une meilleure connaissance de la protection offerte par les autorités fusionnées en son sein³⁰⁴². Par conséquent, l'augmentation du nombre de réclamations en matière de déontologie de la sécurité et de protection de l'enfance, si elle inquiète quant à la faculté du Défenseur des

³⁰³⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 121.

³⁰³⁷ *Ibid.*, p. 92.

³⁰³⁸ *Ibid.*, p. 123.

³⁰³⁹ Sur ce point, v. not. : P. Gélard, *Rapport n° 482*, *op. cit.*, p. 27 ; Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 123.

³⁰⁴⁰ Frédéric Ocqueteau et Samantha Enderlin rapporte en ce sens qu'en dehors de la conférence de presse annuelle, la communication médiatique restait très limitée s'agissant de la CNDS compte tenu de la faiblesse de ses moyens (« La Commission nationale de la déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *op. cit.*, p. 384).

³⁰⁴¹ Sur ce point, v. *supra*, n° 879-880.

³⁰⁴² En ce sens, v. not. : Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 92 ; J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, *op. cit.*, p. 23.

droits à répondre à l'ensemble des réclamations dont il est saisi, dément les critiques dénonçant un risque de perte de visibilité des missions poursuivies par les autorités regroupées³⁰⁴³. Certes, la mission de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité accuse une baisse sensible du nombre de saisines entre l'année 2010 et l'année 2011³⁰⁴⁴. Cette diminution s'explique toutefois en raison du fait que les dossiers mixtes, c'est-à-dire, d'un côté, les dossiers qui relevaient à la fois de la médiation avec les services publics et de la lutte contre les discriminations et, de l'autre côté, ceux qui intéressaient à la fois la protection de l'enfance et la lutte contre les discriminations, ont été adressés principalement aux pôles services publics et protection de l'enfance plutôt qu'au pôle discrimination afin d'accélérer les circuits de traitement des dossiers³⁰⁴⁵. Aussi la diminution des réclamations adressées au Défenseur des droits dans le domaine de la lutte contre les discriminations ne remet nullement en cause la valeur ajoutée dont se trouve porteuse la nouvelle institution française.

1215. Toujours d'un point de vue quantitatif, on regrettera toutefois l'absence de données chiffrées, au sein du premier rapport annuel, de nature à confirmer, ou infirmer, la thèse, avancée par l'étude d'impact annexée au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, selon laquelle « *les moyens d'action renforcés du Défenseur des droits devrait conduire à ce que les recommandations du Défenseur soient effectivement prises en considération et lui permettre d'être plus efficace à l'encontre d'administrations récalcitrantes. La possibilité de publier un rapport spécial au Journal officiel, en cas de recommandation puis d'injonction restées sans effet, permettra au Défenseur d'exercer une pression plus forte sur l'organisme mis en cause* »³⁰⁴⁶. Exception faite du domaine de la protection de l'enfance³⁰⁴⁷, le rapport d'activité du Défenseur pour l'année 2011 demeure, en effet, muet au sujet du taux d'interventions réussies par l'institution. Mutisme d'autant plus regrettable qu'il aurait été intéressant de déterminer si le Défenseur des droits obtient de

³⁰⁴³ Cette crainte d'une perte de visibilité des autorités regroupées au sein du Défenseur des droits a surtout été exprimée à l'adresse du Défenseur des enfants. C'est ainsi que le sénateur Jean-Pierre Michel, à l'occasion des débats relatifs au projet de loi organique du Défenseur des droits, affirmait : « *À ce jour, le Défenseur des enfants a traité environ 20 000 réclamations. Le nombre de saisines a même été en augmentation de plus de 10 % ces dernières années, ce qui prouve que l'institution a trouvé ses marques. D'ailleurs, 8 % des saisines émanent des mineurs eux-mêmes et un quart d'entre elles concerne des enfants âgés de onze à quinze ans. Ces chiffres prouvent bien que l'institution est connue et reconnue, notamment par la population concernée. Or je doute fort qu'autant de réclamations concernant des enfants arrivent jusqu'au Défenseur des droits. Il est en effet à craindre que cette nouvelle institution, dont l'appellation ne correspond pas au vocabulaire que connaissent les enfants, fasse perdre sa spécificité à une instance qui a su prouver son efficacité et assurer sa visibilité* » (J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4341. Dans un sens similaire, v. : D. Versini, « Défenseur des enfants : qu'en est-il ? », *op. cit.*, p. 2536).

³⁰⁴⁴ Pour un total de 12.467 dossiers reçus par la HALDE en 2010, le Défenseur des droits n'en a reçu que 8138 en 2011, soit une diminution de 34,4 % (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 102).

³⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 103.

³⁰⁴⁶ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 35.

³⁰⁴⁷ En cette matière, il convient de constater que le Défenseur des droits obtient des résultats globalement équivalents au Défenseur des enfants. Tandis que Dominique Versini expliquait qu'entre le 1^{er} juillet 2006 et le 1^{er} février 2010, 68 % des dossiers traités par le Défenseur des enfants se trouvaient à l'origine d'un résultat positif dans l'intérêt de l'enfant (rapporté par O. Bui-Xuan, « Le Défenseur des enfants : une émancipation réussie », *op. cit.*, p. 362), le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 indique que 60% des dossiers individuels et 65 % des dossiers collectifs ayant fait l'objet d'une instruction ont connu un résultat favorable (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 94-95).

meilleurs résultats que la CNDS en matière de déontologie de la sécurité dans la mesure où, tel que souligné précédemment, le déficit de notoriété et d'autorité de cette institution se traduisait par une prise en considération limitée de ses recommandations³⁰⁴⁸.

1216. Une telle carence ne saurait, pour autant, remettre en cause l'idée que le Défenseur des droits contribue au renforcement de la protection des droits fondamentaux anciennement garantis par les autorités qu'il regroupe. Indépendamment de l'augmentation des réclamations adressées à la nouvelle institution dans le domaine de la déontologie de la sécurité et de la protection de l'enfance, deux facteurs explicatifs permettent de rendre compte de ce gain d'efficacité : le recours, par le représentant de l'institution, à l'intégralité des prérogatives attribuées au Défenseur des droits, dont celles étrangères, par le passé, aux autorités fusionnées (1), et l'exploitation, par Dominique Baudis, de l'ensemble des savoir-faire hérités des autorités indépendantes réunies au sein de la nouvelle structure (2).

1. Le recours aux prérogatives étrangères aux autorités fusionnées

1217. « *Loin d'être une simple mesure de réorganisation ou rationalisation administrative* »³⁰⁴⁹, le Défenseur des droits, indépendamment du fait qu'il présente, en dépit de son mode de nomination contestable, des garanties d'indépendance supérieures à celles des autorités qu'il vient remplacer³⁰⁵⁰, procède à un nivellement par le haut des prérogatives de ces mêmes autorités³⁰⁵¹. Malgré une harmonisation imparfaite des prérogatives de l'institution, la plupart des pouvoirs propres à certaines des autorités intégrées se trouvent effectivement étendus à l'ensemble des domaines d'intervention du nouveau Défenseur. « *C'est ainsi que les missions "médiation avec les services publics" et "défense des enfants" ont acquis des prérogatives qui, précisément, vont bien au-delà de la simple médiation : en effet, elles bénéficient de pouvoirs d'investigation jusqu'ici inexistantes (mise en demeure, auditions, vérifications sur place), elles peuvent inviter les parties à engager une transaction civile, intervenir au profit d'un réclamant devant les tribunaux (ou y être invitées par la juridiction), demander l'engagement de poursuites disciplinaires... autant de prérogatives qui, jusqu'à présent, étaient réservées aux activités de contrôle (HALDE et CNDS). Outre que la "mission lutte contre les discriminations" et la "mission déontologie de la sécurité" conservent leurs prérogatives dont la doctrine a souligné combien elles étaient étendues, elles bénéficient dorénavant d'un véritable droit de suite à travers le pouvoir d'injonction que détient le Défenseur des droits, elles se voient offrir la possibilité de mettre en œuvre des outils propres à un mode de résolution amiable des conflits ou de s'engager dans un véritable travail technique de propositions de réformes, apanage, jusqu'ici, du Médiateur de la*

³⁰⁴⁸ Ceci est particulièrement vrai s'agissant des affaires où la CNDS recommandait que des sanctions soient prises à l'encontre d'individus ayant manqué à la déontologie. Pour l'année 2010, par exemple, le taux de suivi de ces recommandations n'était que de 45 % (C.N.D.S., *Rapport 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, *op. cit.*, p. 17).

³⁰⁴⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁵⁰ En ce sens, v. en part. : E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 19 ; J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1569.

³⁰⁵¹ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se reporter à l'annexe 4.

République »³⁰⁵². A cela s'ajoute l'adjonction de prérogatives totalement nouvelles, à l'instar de la demande d'avis au Conseil d'Etat au sujet de l'interprétation de dispositions législatives ou réglementaires, prévue par l'article 31 de la loi organique du 29 mars 2011.

1218. Ainsi, la mise en place du Défenseur des droits, loin de procéder à un affaiblissement des attributions des autorités fusionnées, comme pouvait le laisser craindre le projet de loi organique³⁰⁵³, se traduit non seulement par la préservation, mais également, et surtout, par le renforcement des prérogatives desdites autorités. Or, en pratique, les droits fondamentaux jusqu'ici protégés par le Défenseur des enfants, la CNDS et la HALDE trouvent indiscutablement à bénéficier de ce nivellement par le haut des prérogatives attribuées au Défenseur des droits. Dominique Baudis, conformément à l'engagement pris devant les parlementaires lors de son audition dans le cadre de sa nomination³⁰⁵⁴, s'étant efforcé d'utiliser au maximum les capacités juridiques de la nouvelle institution³⁰⁵⁵.

1219. Plusieurs exemples en témoignent, à commencer par l'usage de la faculté d'action d'office, historiquement limitée à la HALDE et, dans une certaine mesure, au Défenseur des enfants, dans le domaine de la déontologie de la sécurité. « *Considérant que, dans une société démocratique, une interpellation ne saurait avoir pour issue des blessures graves ou un décès* »³⁰⁵⁶, le Défenseur des droits a notamment décidé de faire usage de cette prérogative dès lors qu'une intervention des forces de l'ordre se trouve à l'origine de blessures graves ou de décès. A l'occasion de sa première année d'activité, le Défenseur français a ainsi été amené à se saisir d'office à quatre reprises dans le domaine de la déontologie de la sécurité : une fois de circonstances de blessures graves³⁰⁵⁷, trois fois de décès intervenus au cours ou à la suite d'une interpellation³⁰⁵⁸. S'inscrivant en réaction à des hypothèses de recours disproportionnés

³⁰⁵² R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 512.

³⁰⁵³ Ce constat d'un affaiblissement des prérogatives des autorités fusionnées à la lecture du projet de loi organique relative au Défenseur des droits a très clairement été effectué par la Commission nationale consultative des droits l'homme (C.N.C.D.H. Ass. plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010, *op. cit.*, p. 5). Par exemple, le projet de loi organique ne prévoyait pas, dans le cadre des attributions de la nouvelle institution, la mission d'assistance aux victimes de discriminations et le pouvoir de transaction pénale pourtant attribués à l'ancienne HALDE. Il faut attendre la réception du projet de loi par la commission des lois constitutionnelles du Sénat, soucieuse de garantir un niveau de protection au moins équivalent à celui de la HALDE, pour qu'il soit remédié à cette situation et que l'intégralité des pouvoirs dévolus à la Haute autorité soient préservés (en ce sens, v. P. Gélard, *Rapport n° 482*, *op. cit.*, p. 33).

³⁰⁵⁴ Parmi les différents objectifs fixés par Dominique Baudis, celui-ci affichait sa volonté « [...] d'utiliser pleinement les capacités juridiques [...] confiées au Défenseur des droits, bien supérieures à la simple addition des pouvoirs dont disposaient les quatre institutions précédentes, d'abord parce que la fonction de Défenseur des droits est inscrite dans la Constitution, ensuite parce que la loi a aligné par le haut les capacités des anciennes autorités que le Défenseur des droits regroupe » (Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*).

³⁰⁵⁵ En ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 3. Cette attitude positive du Défenseur français mérite d'être soulignée dès l'instant où, comme le fait remarquer Maria Eduarda Ferraz, rien n'empêche l'ombudsman de se contenter d'un usage limité des pouvoirs qui lui sont dévolus par la Constitution et la loi (*O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 45).

³⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 123.

³⁰⁵⁷ En l'espèce, il s'agissait du jeune garçon âgé de 9 ans grièvement blessé à l'œil par un gendarme à l'occasion d'un tir de flash-Ball lors d'une manifestation à Mayotte le 7 octobre 2011.

³⁰⁵⁸ Ces trois décès, liés à un recours disproportionné à la force de la part des forces de l'ordre, ont eu lieu à Mayotte le 19 octobre 2011 au cours d'un rassemblement, à Clermont-Ferrand à la suite d'une interpellation

à la force, ces interventions du Défenseur des droits, difficilement envisageables par le passé, dès lors que la CNDS ne disposait pas d'une compétence équivalente, ont été l'occasion de raviver le débat au sujet de l'usage et de l'opportunité du recours aux armes à létalité réduite, spécialement au *flash-ball* modèle *super pro*.

1220. Une autre illustration du renforcement de la protection des droits fondamentaux protégés par les anciennes autorités regroupées en raison du renforcement des prérogatives attribuées au Défenseur des droits réside dans la capacité de la nouvelle institution à présenter des observations orales ou écrites devant une juridiction dans le domaine de la déontologie de la sécurité, de la protection de l'enfance et, plus largement, de la protection des 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. Héritée de la HALDE³⁰⁵⁹, cette faculté du Défenseur des droits à se faire entendre dans un conflit soumis au juge a, par exemple, trouvé à s'exercer en matière de défense des droits de l'enfant. En l'espèce, le Défenseur se trouvait saisi d'une réclamation relative au refus de scolarisation d'un enfant *rom* âgé de trois ans. Une première demande de scolarisation avait été effectuée avant la rentrée, au cours de l'été 2010, puis d'autres demandes avaient eu lieu en cours d'année. S'agissant du rejet de la première demande, l'adjoint au maire en charge des affaires scolaires justifiait celui-ci au motif que les effectifs des écoles ne permettent pas de faire une dérogation pour les parents qui n'habitent pas à titre personnel sur la commune. Or, les parents de l'enfant y résidaient. Face à cette évidence, le maire avança le refus de scolariser les enfants arrivant en cours d'année comme justification au rejet des autres demandes. Contraire au droit fondamental de tout enfant à l'éducation, ce refus, attentatoire à l'intérêt supérieur de l'enfant et susceptible de caractériser une discrimination prohibée, a conduit le Défenseur des droits à présenter des observations en ce sens devant le tribunal administratif³⁰⁶⁰, chose qui n'aurait pu être envisageable s'agissant de l'ancien Défenseur des enfants.

1221. Dans un autre registre, la recommandation en vue d'un règlement en équité, prérogative jusqu'ici réservée au Défenseur des enfants et au Médiateur de la République, aurait, à en croire le rapport d'activité de l'institution pour l'année 2011³⁰⁶¹, été expérimentée par le nouveau Défenseur pour remédier à certains cas de discriminations. Accueillie avec une certaine réserve par certains auteurs³⁰⁶², cette extension de la faculté d'adresser des

dans la nuit du 31 décembre 2011 et à Aulnay-sous-Bois au cours d'une interpellation le 10 janvier 2012 (en ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 123).

³⁰⁵⁹ Il convient d'ailleurs de souligner que, à l'instar de l'ancienne HALDE, le Défenseur des droits a, dès sa première année d'activité, eu recours à de très nombreuses reprises à cette prérogative dans le domaine de la lutte contre les discriminations (*Ibid.*, pp. 105 et ss.).

³⁰⁶⁰ Décision du Défenseur des droits n° MLD/2012-33 du 16 février 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰⁶¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁶² C'est par exemple le cas de Jérôme Daniel et Maxime Bailly qui n'ont pas manqué d'afficher leur scepticisme quant à la possibilité donnée au Défenseur des recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi lorsque les faits portés à sa connaissance concernent une hypothèse de discrimination. La recommandation en équité, selon eux, ayant pour conséquence pratique d'affaiblir la portée de la norme légale fixant le régime de l'infraction commise (« Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 20).

recommandations en équité au domaine de la lutte contre les discriminations se doit, en réalité, d'être saluée dès lors que certains comportements, bien qu'*a priori* conformes à la règle de droit, font parfois naître des différenciations de traitement source de discriminations indirectes. Il apparaît toutefois regrettable que le rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour 2011 ne proposent pas d'exemples de nature à rendre effectivement compte de l'usage de cette prérogative dans le cadre de la lutte contre les discriminations.

1222. Pour finir, les importants pouvoirs d'investigation confiés au Défenseur des droits, en particulier la possibilité d'effectuer des vérifications sur place, contribuent à leur tour au renforcement de la protection des droits fondamentaux auparavant défendus par les autorités indépendantes désormais fusionnées. Limitée, par le passé, à la CNDS et à la HALDE, la faculté d'exercer des vérifications sur place constitue, en effet, une véritable avancée en matière de défense des droits fondamentaux des mineurs que le Défenseur des droits n'a pas hésité à exploiter. Des vérifications ont notamment été effectuées par l'institution dans les centres de rétention administrative afin d'y constater la présence de mineurs. Faisant suite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme *Popov c. France*, en date du 19 janvier 2012³⁰⁶³, condamnant la France pour le placement en rétention de mineurs étrangers, ces opérations de vérification, menées par le Défenseur dans chaque situation où la présence d'un mineur lui était signalée, soit à une dizaine de reprises au cours de la première année d'activité de l'institution, ont systématiquement débouché sur la mise en place d'une solution alternative d'hébergement pour ces enfants³⁰⁶⁴.

1223. Rendu possible grâce au nivellement par le haut des prérogatives attribuées au Défenseur des droits, la contribution de la nouvelle institution française au renforcement des droits fondamentaux jusqu'ici protégés par les autorités indépendantes auxquelles elle se substitue se trouve, par ailleurs, facilitée en raison de la réunion de savoir-faire différents au sein d'une structure unique.

2. Le recours aux savoir-faire des différentes autorités fusionnées

1224. Si les spécificités culturelles propres aux autorités administratives indépendantes regroupées se présentent comme un obstacle potentiel à l'émergence d'une identité propre au Défenseur des droits, susceptible de desservir la mission qui lui est attribuée, elles permettent, en revanche, à la nouvelle structure de jouir d'une pluridisciplinarité source d'enrichissement de la protection des droits et libertés auparavant défendus par le Défenseur des enfants, la Commission de déontologie de la sécurité et la HALDE³⁰⁶⁵. En somme, et ainsi que le souligne Dominique Baudis à travers le premier rapport d'activité du Défenseur des droits, « *la convergence permet d'être plus efficace en s'appuyant sur le potentiel de ressources qu'offrent les expériences et les instruments réunis sous un même toit* »³⁰⁶⁶. Confirmé par la pratique, ce gain d'efficacité se traduit par des avancées salutaires sur le plan de la protection

³⁰⁶³ C.E.D.H., 19 janvier 2012, *op. cit.*

³⁰⁶⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 25.

³⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 13.

³⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 34.

des droits fondamentaux qui n'auraient pu être envisageables dans le cadre d'un système non juridictionnel de garantie éclaté entre plusieurs structures. Permettant, on l'a vu, de développer des modes d'intervention inédits au service de chacune des missions qui lui sont confiées, le « *croisement des expériences* »³⁰⁶⁷ des organes regroupés au sein du Défenseur favorise, en effet, un renforcement de la garantie des droits et libertés anciennement protégés par les autorités administratives indépendantes sectorielles.

1225. Un exemple, parmi d'autres, proposé par le rapport annuel d'activité de l'institution pour l'année 2011, permet d'illustrer le propos³⁰⁶⁸. En l'espèce, le Défenseur se trouvait saisi par une personne incarcérée dont la réclamation portait sur deux questions distinctes. La première concernait la contestation, par le détenu, de l'absence d'obtention de permissions de sortir en vue de préparer sa réinsertion. La seconde renvoyait à son inquiétude au sujet de la situation de ses enfants placés à l'Aide sociale à l'enfance, s'agissant, d'une part, de leur prise en charge dans leur famille d'accueil et, d'autre part, des difficultés pour les voir lors de ses permissions de sortie. Intéressant à la fois la fonction de défense des 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 et la fonction de protection des droits des mineurs, cette réclamation a fait l'objet d'un traitement conjoint par le pôle médiation avec les services publics et le pôle défense des enfants. Les deux services ont, ainsi, échangé les pièces et les informations en leur possession, coordonné leur action, au regard notamment de la pertinence des arguments à mettre en avant, et pris contact avec leurs correspondants respectifs, à savoir l'administration pénitentiaire s'agissant du pôle médiation et l'Aide sociale à l'enfance concernant le pôle défense des enfants. A l'évidence, ce mode de traitement conjoint des réclamations transversales, difficilement envisageable par le passé, présente de multiples avantages du point de vue de la protection des droits fondamentaux et de leurs bénéficiaires : « *une seule institution vis-à-vis de l'intéressé, une action coordonnée à l'égard des interlocuteurs, une réponse plus rapide et cohérente, une prise en compte de la complète situation de l'intéressé et de l'intérêt de l'enfant lors des interventions auprès des organismes concernés* »³⁰⁶⁹. C'est évidemment là un des effets positifs de la rationalisation du système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits fondamentaux opérée par le législateur organique.

1226. Sans compter que le mode de fonctionnement de l'institution retenu par l'actuel Défenseur contribue à optimiser cette rationalisation et, par là-même, la mise en commun des savoir-faire et des expériences. Trois exemples en témoignent.

1227. En premier lieu, l'attribution d'une compétence exclusive au pôle justice de la nouvelle organisation pour connaître de l'ensemble des questions relatives au droit des étrangers. De toute évidence, cette recherche d'unification du « contentieux » des étrangers se doit d'être salué dans la mesure où, par le passé, une part conséquente de l'activité du Défenseur des enfants était consacrée à traiter des difficultés relatives à des titres de séjour ou

³⁰⁶⁷ R. Senghor, « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 513.

³⁰⁶⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 34.

³⁰⁶⁹ *Ibid.*

à des actes d'état civil étrangers alors même que le Médiateur de la République disposait d'un service entièrement dédié à cette tâche, composé de spécialistes du droit des étrangers. Désormais, les agents du pôle défense des enfants, ainsi libérés de cette activité, peuvent se consacrer pleinement à des problématiques plus spécifiques. Etant entendu que le pôle justice trouve à bénéficier de l'appui du département Expertise du pôle discrimination, lui-même nourri d'un éclairage international particulièrement riche sur les thématiques relatives au droit des étrangers³⁰⁷⁰.

1228. En deuxième lieu, la volonté du pôle santé, installé en 2009 par l'ancien Médiateur de la République et préservé par le Défenseur des droits³⁰⁷¹, de développer une vision commune avec les services susceptibles d'être intéressés par son expertise, qu'il s'agisse des droits des enfants, de la déontologie de la sécurité, de la discrimination en raison de l'état de santé, du handicap ou de tout autre motif intéressant, de près ou de loin, le droit fondamental à la protection de la santé³⁰⁷². C'est dans cette perspective que le pôle santé et le pôle défense des enfants ont mené, de façon conjointe, une instruction approfondie en octobre 2011 sur la situation d'un enfant dont la mère considérait que la maladie était mal prise en charge par les services sociaux auxquels celui-ci était confié depuis février 2011. A l'origine de plusieurs réunions de travail entre les équipes des deux pôles, dans le but d'évoquer les premières analyses et de déterminer les pistes d'intervention envisageables, cette réflexion commune a fait émerger la nécessité d'une rencontre entre les équipes du Défenseur et le service de l'Aide sociale à l'enfance concerné. Avec pour objectif d'aborder les difficultés rencontrées et d'apporter un regard nouveau sur la situation de cet enfant en vue de repositionner les intervenants dans leur rôle et dans leur mission, cette réunion s'est déroulée en avril 2012 à la Direction de la protection de l'enfance du département du Rhône³⁰⁷³.

1229. En troisième et dernier lieu, la mise en place de groupes de travail inter-missions, à l'instar du groupe de travail piloté par l'adjointe chargée de la défense des enfants et par l'adjointe chargée de la déontologie dans le domaine de la sécurité en vue de l'élaboration commune de recommandations à l'usage des forces de police et de gendarmerie lorsqu'elles sont amenées à intervenir dans un domicile où sont présents des enfants³⁰⁷⁴. Finalement adoptées à l'occasion de la réunion des collègues du 26 mars 2012, ces recommandations consistent, notamment, dans une série de comportements à adopter lors de telles interventions et dans la mise en place d'une formation initiale ou continue à l'attention des fonctionnaires de police et de gendarmerie en vue de leur permettre sur la thématique des interventions des forces de sécurité en présence d'enfants³⁰⁷⁵. L'objectif étant d'« éviter que les interventions

³⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 35.

³⁰⁷¹ La création de ce pôle en janvier 2009 correspond, en réalité, au rattachement à l'institution du Médiateur d'une mission dépendant jusqu'alors de la Haute autorité de santé (pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, pp. 127 et ss.).

³⁰⁷² *Ibid.*

³⁰⁷³ *Ibid.*

³⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 14.

³⁰⁷⁵ Décision du Défenseur des droits n° 2012-61 du 26 mars 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

soient traumatisantes pour les enfants afin qu'eux-mêmes ne soient pas durablement perturbés et que la représentation qu'ils auront des fonctionnaires de police ou des militaires de la gendarmerie soit positive, en tout cas ne soit pas négative ce qui pourrait contribuer plus tard à des attitudes négatives à l'encontre de ces derniers »³⁰⁷⁶.

1230. Outre qu'elle s'inscrit dans la continuité de la protection offerte par les autorités administratives indépendantes désormais fusionnées, l'action du Défenseur des droits contribue, en définitive, au renforcement sensible de cette protection. L'apport de la nouvelle institution française pour les droits fondamentaux se mesure également à l'aune des avancées équivalentes à celles rendues possibles, de l'autre côté des Pyrénées, par les *ombudsmen* ibériques.

§ 2. Des avancées similaires à celles des *ombudsmen* ibériques

1231. Jouissant d'une configuration institutionnelle adaptée à la satisfaction de certaines exigences des droits fondamentaux, le Défenseur des droits, à l'instar du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, s'illustre non seulement en raison d'une préoccupation évidente pour les droits-sociaux créances et les droits fondamentaux des personnes vulnérables (A), mais également au regard de sa participation à la promotion des droits et libertés à l'échelle internationale (B). De toute évidence, cette similitude avec les *ombudsmen* ibériques ne manque pas d'interpeller. Elle témoigne, à son tour, de l'idée selon laquelle la protection non juridictionnelle se présente comme mode de régulation complémentaire des traditionnelles voies de recours de nature à favoriser l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits fondamentaux complet.

A. Une préoccupation commune pour les droits-sociaux créances et les droits fondamentaux des personnes vulnérables³⁰⁷⁷

1232. Bien qu'il ne propose pas véritablement de données chiffrées sur ce point, le rapport annuel du Défenseur des droits pour 2011 laisse, de toute évidence, entrevoir l'intérêt porté par la nouvelle institution française aux questions intéressant les droits-sociaux créances et les droits fondamentaux des publics dits fragiles.

1233. Evidemment, l'action du Défenseur ne saurait se limiter à ces seuls domaines d'intervention. Le pôle « Accès aux services publics-Affaires générales », notamment, avec 1160 dossiers ouverts en 2011³⁰⁷⁸, connaît de très nombreuses réclamations impliquant les

³⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 1.

³⁰⁷⁷ Compte tenu du caractère incontournable de la notion de vulnérabilité au sein du droit français, spécialement en matière pénale (sur ce point, v. par not. L. Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, th. dactylographiée, Université de Limoges, 2004) l'expression « personnes vulnérables » peut être préférée à celle, précédemment utilisée à l'occasion des développements sur l'activité du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, de « publics dits fragiles ».

³⁰⁷⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 80.

droits-libertés classiques, parmi lesquels les libertés individuelles³⁰⁷⁹, voire de simples dysfonctionnements administratifs³⁰⁸⁰. En ce sens, une part significative des dossiers traités par ce service en 2011 portait sur la problématique des amendes relatives aux infractions au code de la route. « *S'expliqu[ant], d'une part, par le règlement tardif des litiges liés aux procès-verbaux adressés aux anciens propriétaires après cession de leur véhicule et, d'autre part, par la recrudescence des fausses plaques d'immatriculation* »³⁰⁸¹, ce « contentieux » de masse a justifié, de la part du Défenseur des droits, l'adoption, en juin 2012, d'une proposition de réforme du traitement des contraventions. En réaction aux difficultés croissantes rencontrées par les réclamants pour payer leurs amendes et les contester lorsqu'ils sont de bonne foi, Dominique Baudis a effectivement recommandé « *une série d'initiatives visant à réformer les pratiques mises en œuvre afin de renforcer la sécurisation du paiement des amendes, de permettre une contestation loyale des infractions reprochées et de remédier à des dysfonctionnements administratifs et techniques* »³⁰⁸². En outre, la section des affaires générales s'est également trouvée saisie de très nombreuses plaintes liées à la baisse des tarifs de rachat de l'électricité produite par les installations photovoltaïques ; les exploitants agricoles, en particulier, s'inquiétant, à la suite de lourds investissements pour équiper leurs bâtiments de toitures photovoltaïques, de la mise en péril de leur situation financière en raison de la baisse du tarif de rachat³⁰⁸³.

1234. Sous couvert de ces précisions, il apparaît possible d'affirmer que les droits-sociaux créances (1) et les droits fondamentaux des personnes vulnérables (2) comptent parmi les principaux champs d'intervention du Défenseur des droits.

1235. Somme toute logique, eu égard, d'un côté, au plus faible degré de protection dont bénéficient ces catégories de droits et, d'un autre côté, à la faculté de l'ombudsman spécialisé d'en garantir l'effectivité, un tel constat confirme, à n'en pas douter, le rôle déterminant de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux du point de vue de la concrétisation de l'Etat social de droit. Ultime voie de recours pour les personnes les plus vulnérables, le Défenseur des droits, à l'instar de ses homologues ibériques, se présente, en effet, comme un acteur décisif de la lutte contre l'exclusion. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrit l'ancien Médiateur de la République Jacques Pelletier lorsqu'il affirme : « [...] j'ai demandé à mes collaborateurs d'être actifs, vigilants et surtout imaginatifs dans le domaine de la grande

³⁰⁷⁹ Un exemple en ce sens est proposé par le rapport d'activité pour l'année 2011 du Défenseur des droits. En l'espèce, il s'agissait d'une mère et de sa fille mineure dans l'impossibilité d'embarquer dans leur avion pour partir en vacances à l'étranger en raison d'un jugement de divorce, rendu en 1995, assorti d'une interdiction de sortie du territoire pour la fille. Or, la mère avait, en réalité, obtenu la levée de cette interdiction sans que le renseignement ne soit transmis à la police des frontières. Dans l'obligation de retarder leur départ de trois jours sans pour autant obtenir d'indemnisation de la part du Directeur départemental de la police aux frontières, les intéressées ont saisi le Défenseur des droits. Ce dernier, dénonçant les dysfonctionnements de cette procédure et les atteintes portées à la liberté individuelle, est intervenu à deux reprises auprès du ministre de l'intérieur qui a accepté d'indemniser les requérantes en réparation du préjudice subi (*ibid.*, p. 81).

³⁰⁸⁰ Ce qui ne va pas sans soulever une série d'interrogations quant au risque éventuel, que l'on retrouve également en Espagne et au Portugal, d'empiètement des problématiques de « maladministration » sur la fonction de protection des droits et libertés du Défenseur des droits (sur ce point, v. *infra*, n° 1373-1377).

³⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁸² Décision du Défenseur des droits n° 12-R003, [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰⁸³ Sur ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 81.

pauvreté et de l'exclusion. Ne pas lâcher prise avant d'être certain que tout a été envisagé et tenté, forcer l'administration à faire preuve de souplesse et, pourquoi pas, d'esprit d'invention, sont des attitudes essentielles pour le succès d'une médiation. C'est en appliquant au quotidien ces principes que le Médiateur peut conduire une administration à prendre en compte la situation globale d'un citoyen qui se trouve dans l'incapacité de régler une dette dans des délais prescrits, qu'il peut, considérant l'effet désastreux d'une décision pour une personne en situation de précarité, en demander la modification, qu'il peut suggérer à l'auteur de l'acte administratif, en application du principe d'équité, de s'écarter de la lettre des textes pour parvenir à une situation plus juste »³⁰⁸⁴.

1. Les droits-sociaux créances

1236. Loin de procéder à une autolimitation de son contrôle dans le domaine des droits-sociaux créances, le Défenseur des droits, à la différence du juge, accorde à cette catégorie de droits un degré de protection et d'attention, sinon supérieur, à tout le moins équivalent à celui porté aux droits-libertés classiques. En tant que mode de régulation non autoritaire des conduites, dont les modalités d'intervention reposent sur des principes de souplesse, d'informalité et de dialogue, le Défenseur français s'autorise, en effet, à provoquer l'action étatique en incitant les pouvoirs publics à concrétiser les normes de droits-sociaux créances. Confirmant la thèse, contestée par certains auteurs³⁰⁸⁵, selon laquelle le Défenseur des droits participe à la définition d'une politique des droits, les droits-sociaux créances occupent, par conséquent, une place prédominante dans l'activité exercée par l'ombudsman français³⁰⁸⁶.

1237. Cette sensibilité de l'institution pour cette catégorie de droits, on ne peut plus bienvenue compte tenu de l'actuel contexte de crise économique et sociale, transparait, d'ailleurs, très clairement à la lecture de l'éditorial de son premier rapport annuel d'activité. Dominique Baudis y souligne notamment que : « *la précarisation entraîne le sentiment, trop souvent justifié, d'un déficit de protection, d'une inégalité liée à l'exclusion doublée d'un sentiment d'ignorance face aux codes de notre société complexe. Fragilisés par une*

³⁰⁸⁴ J. Pelletier, « L'ombudsman et la lutte contre l'exclusion », in *1^{er} Congrès des ombudsmen et des médiateurs de la francophonie*, Québec, 9 au 12 juin 1997, [en ligne]. Disponible sur [www.juripole.fr].

³⁰⁸⁵ Ce donnant pour ambition initiale de démontrer que le Médiateur de la République et, par la suite, le Défenseur des droits participent d'une politique des droits, les auteurs de *La fabrique d'une légalité administrative*, dès les propos introductifs de leur étude, estiment, finalement, que « *bien que formellement créditée par l'appellation de l'institution ayant récemment succédé au Médiateur de la République [le "le Défenseur des droits"]*, une telle hypothèse ne va toutefois pas de soi. Du fait de la prégnance de l'universalisme, et du fait d'une tradition davantage centrée sur le droit administré que sur la défense des droits individuels, le contexte juridique et politique français apparaît en effet peu propice au développement d'une telle rhétorique et d'une telle logique d'intervention » (*La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, p. 14).

³⁰⁸⁶ Déjà en 1997 l'ancien Médiateur de la République Jacques Pelletier soulignait : « *J'ai [...] été frappé, depuis ma prise de fonctions, par la croissance régulière du nombre des saisines intéressant le secteur social : aujourd'hui, plus du tiers (34,4 % en 1996) des dossiers traités par la médiation concerne la santé, la protection sociale et l'emploi. Mais, à dire vrai, toutes les questions que j'aborde, depuis cinq ans, dans ces rapports annuels, démontrent que, dans tous les domaines, les difficultés dénoncées sont d'autant plus grandes et pénalisantes qu'elles concernent des exclus : le respect de la vie privée et de la vie familiale et l'aide à la scolarité dans mon rapport pour 1994, la fiscalité et le surendettement dans celui pour 1995, le logement et la situation des détenus dans celui de 1996...* » (« L'ombudsman et la lutte contre l'exclusion », *op. cit.*).

désocialisation croissante, certains renoncent d'eux-mêmes à exiger le respect de leurs droits. Notre Institution doit s'attacher à informer les plus vulnérables de leurs droits et du fait qu'ils ont droit au droit »³⁰⁸⁷. Se rapprochant ainsi de ses homologues ibériques, le Défenseur des droits présente, au surplus, une continuité certaine avec le Médiateur de la République. L'orientation sociale de l'ancienne autorité indépendante, initialement impulsée par Jacques Pelletier³⁰⁸⁸, apparaissant très clairement à la lecture de ses derniers rapports d'activité. S'agissant du Défenseur des droits, cette dimension sociale s'exprime, à l'instar du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, au regard de l'attention portée par l'institution au droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale (a), au droit à l'éducation (b), au droit au logement (c) et au droit à l'emploi et à la sécurité matérielle (d).

1238. Aussi semble-t-il possible d'affirmer, sur la base des travaux entrepris par Laurence Gay³⁰⁸⁹, que la protection non juridictionnelle contribue de façon active à l'effectivité, non seulement des principes constitutionnels ouvrant droit à l'obtention de prestations matérielles pour le bénéficiaire des droits fondamentaux, c'est-à-dire les droits-créances au sens strict, que sont les droits aux prestations sociales, à l'éducation et à indemnisation en cas de calamités nationales, mais également des principes supposant la mise en œuvre de politiques sociales en vue de satisfaire « un objectif social par le Préambule – dégager des emplois, des logements, protéger la santé publique – sans établir à ce titre de prérogative individuelle opposable à la puissance publique »³⁰⁹⁰.

a. Le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale

1239. Comptant parmi les secteurs d'activité du Défenseur des droits suscitant le plus grand nombre de saisines, le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale se trouve à l'origine de très nombreuses interventions de la part de la nouvelle institution française³⁰⁹¹. Polymorphes, ces interventions, qui ne se limitent pas à une approche du droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale dans son acception prestataire, mais intéressent aussi sa dimension défensive³⁰⁹², ont non seulement rendu possible la résolution de plusieurs litiges

³⁰⁸⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 2.

³⁰⁸⁸ On en veut pour preuve le choix de Monsieur Pelletier de consacrer son allocution au thème de « L'ombudsman et la lutte contre l'exclusion » à l'occasion du 1^{er} Congrès des *ombudsmen* et des médiateurs de la francophonie organisé au Québec du 9 au 12 juin 1997, [en ligne]. Disponible sur [www.juripole.fr].

³⁰⁸⁹ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., pp. 268 et ss.

³⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 268.

³⁰⁹¹ Le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 précise que le pôle santé et sécurité des soins a reçu 3000 requêtes en 2011, ayant donné lieu à 1317 dossiers ouverts. Ce même rapport constate toutefois une baisse de 25 % par rapport à l'année 2010 au cours de laquelle le Médiateur de la République, qui hébergeait alors le pôle santé et sécurité des soins, a ouvert 2175 dossiers. Si le rapport annuel pour 2011 ne précise pas les facteurs susceptibles d'expliquer une telle diminution, il indique, en revanche, que « l'impact direct de cette baisse d'activité s'est traduit par une performance accrue du délai de traitement des dossiers : 14 jours en 2011 contre 38 jours en 2010 », de sorte que 1 514 dossiers ont été clôturés pour l'année 2011 (*Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 84).

³⁰⁹² Le Défenseur des droits est principalement amené à connaître de la dimension défensive du droit fondamental à la santé dans le cadre des plaintes qui dénoncent des accidents d'origine médicale ou chirurgicale (près de 50 % des requêtes), des réclamations mettent en lumière une erreur ou retard de diagnostic et des requêtes faisant état de difficultés d'accès au dossier médical (en ce sens, v. not. : Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 84 ; R. Noguellou, « Le premier rapport du Défenseur des droits », op. cit., p. 3).

individuels, mais également donné lieu à la modification de certaines dispositions législatives ou réglementaires manifestement attentatoires à ce droit fondamental.

1240. S'agissant, en premier lieu, de la résolution des litiges individuels, le Défenseur des droits a, par exemple, eu à connaître d'une situation de refus de prise en charge de soins prodigués à l'étranger³⁰⁹³. En l'espèce, il s'agissait d'un homme de 80 ans, en vacances au Maroc, hospitalisé en urgence dans une clinique en raison d'une sciatique hyperalgique sur hernie discale. Souhaitant obtenir le remboursement de ces soins lors de son retour en France, l'intéressé se tourne vers le Centre national de soins à l'étranger. Par courrier du 23 juillet 2007, le Centre national de soins à l'étranger, estimant que les soins « *n'étaient pas inopinés* », refuse le remboursement. Défini par règlement communautaire n° 1408/71³⁰⁹⁴, le régime de prise en charge des soins transfrontaliers repose, en effet, sur une distinction entre, d'un côté, les soins inopinés et, de l'autre côté, les soins programmés³⁰⁹⁵. Etant entendu que seule la première catégorie de soins ouvre droit à remboursement de la personne assurée sociale dans son pays d'origine. Finalement saisi de l'affaire, le pôle santé et sécurité des soins du Défenseur des droits, après un examen approfondi du dossier médical, adresse un courrier au Centre national de soins à l'étranger démontrant qu'il s'agissait « *d'une pathologie dont le caractère urgent et par conséquent non programmé ne faisait aucun doute* »³⁰⁹⁶. Après quoi le médecin conseil du Centre a rendu un avis favorable pour le remboursement des soins dispensés au Maroc.

1241. Toujours dans le cadre de la résolution des litiges individuels, le Défenseur des droits a également été saisi de la situation d'une femme naturalisée dans l'impossibilité d'obtenir une carte vitale. Mariée à un homme de nationalité française affilié à une mutuelle du régime sociale des indépendants, l'intéressée, à la suite du décès de son mari, le 8 octobre 2008, s'est vue refuser, à plusieurs reprises, le bénéfice de sa carte vitale en qualité d'ayant droit. Dans l'incapacité de produire l'extrait d'acte de naissance réclamé par le Service administratif national d'identification des assurés de la Caisse nationale d'assurance vieillesse, en charge d'identifier les assurés nés à l'étranger et dans les territoires d'outre-mer, et ne parvenant pas à obtenir un numéro d'inscription au répertoire et donc la délivrance d'une nouvelle carte vitale, elle se tourne vers le Défenseur des droits. Intervenant à plusieurs reprises, entre le 3 juin et le 17 août 2010, auprès des organismes compétents, ce dernier fait valoir que la réclamante a été naturalisée à la suite de son mariage, en 1942, et qu'elle dispose d'une carte nationale d'identité sécurisée, d'un livret de famille et, jusqu'à ce que celui-ci décède, de l'assurance maladie de son époux. En outre, le Défenseur des droits souligne que, dans la mesure où le décret du 18 mai 2011 procède à un assouplissement des procédures de délivrance et de renouvellement des titres sécurisés d'identités pour les Français nés à l'étranger et les

³⁰⁹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 87.

³⁰⁹⁴ Règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *J.O. L. 149* du 5 juillet 1971, p. 2.

³⁰⁹⁵ Tandis que les soins inopinés sont ceux qui ne font pas l'objet d'une programmation, en somme l'ensemble des soins prodigués aux personnes qui, lors d'un séjour à l'étranger, tombent malades ou se blessent et, ce faisant, doivent être pris en charge par l'Etat où ils se trouvent, les soins programmés sont ceux que le patient planifie à l'avance et qui constituent la raison principale du déplacement à l'étranger.

³⁰⁹⁶ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 87.

Français nés de parents nés à l'étranger, les organismes de sécurité sociale pourraient faire preuve d'une compréhension comparable au vu des éléments d'état civil, de l'ancienne carte vitale et de la carte nationale d'identité sécurisée présentés par l'intéressée. Convaincus par les arguments avancés par le Défenseur, le Service administratif national d'identification des assurés de la Caisse nationale d'assurance vieillesse a accepté d'attribuer, à titre exceptionnel, un numéro d'inscription au répertoire à la réclamante et, par là-même, une nouvelle carte vitale³⁰⁹⁷.

1242. Concernant, en second lieu, les propositions de réformes adressées par le Défenseur des droits dans le secteur de la santé et de la sécurité sociale, se doivent, tout d'abord, d'être mentionnées les recommandations adoptées par le Défenseur des droits en réaction aux difficultés d'application de la réglementation relative à l'accès direct au dossier médical par les professionnels. Constatant que « *les délais de communication des dossiers médicaux (8 jours pour les dossiers de moins de 5 ans) sont rarement respectés, [que] la reproduction des dossiers détenus par les établissements de santé privés ou par les praticiens libéraux ne fait l'objet d'aucune réglementation, ce qui entraîne parfois des abus, et [que] la question de l'accès au dossier médical pour les parents d'un enfant décédé soulève un certain nombre de litiges* »³⁰⁹⁸, le Défenseur des droits a effectivement formulé un certain nombre de recommandations en vue d'améliorer l'accès au dossier médical. Intéressant le droit fondamental à la protection de la santé dans son acception défensive, ces recommandations consistent notamment : dans l'allongement du délai de communication des dossiers médicaux à vingt jours pour les informations remontant jusqu'à cinq ans, afin de permettre la conciliation entre les impératifs administratifs de l'établissement de santé et le respect des intérêts légitimes du patient, dans la possibilité pour les parents d'un enfant décédé d'accéder à l'intégralité du dossier médical et non pas seulement aux éléments prévus par les textes, dans l'ouverture du droit d'accès au dossier médical d'un patient décédé au concubin ou au partenaire d'un pacte civil de solidarité de ce patient dans les mêmes conditions que celles prévues pour les ayants-droits³⁰⁹⁹.

1243. Ensuite, la nouvelle institution française a attiré l'attention des pouvoirs publics et de la Caisse nationale de l'assurance maladie sur les conséquences inévitables pouvant résulter du risque d'applications variables, selon les caisses locales d'assurance maladie considérées, de l'article L. 323-3 du code de la Sécurité sociale donnant la faculté aux caisses primaires d'assurance maladie de maintenir le versement, de tout ou partie, des indemnités journalières de sécurité sociale au salarié reprenant son travail dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique. Laisse à la libre appréciation des caisses d'assurance maladie, ce maintien des indemnités journalières de sécurité sociale, prévu dans l'hypothèse où la reprise d'une activité professionnelle à temps partiel est susceptible de favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré, ou lorsque l'assuré doit faire l'objet d'une rééducation ou d'une réadaptation professionnelle pour recouvrer un emploi compatible avec son état de santé, est susceptible de déboucher sur des différences de traitement entre les assurés. Saisi de la question, le

³⁰⁹⁷ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁰⁹⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, pp. 86.

³⁰⁹⁹ *Ibid.*

législateur a finalement modifié l'article L. 323-3 précité à l'occasion de l'adoption de la loi du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012³¹⁰⁰. Désormais, le maintien des indemnités journalières pour maladie est automatique dès l'instant où les conditions fixées pour l'accès à un mi-temps thérapeutique sont réunies. En d'autres termes, la décision de maintenir les indemnités n'est plus laissée à la libre appréciation des caisses locales d'assurance maladie, ce qui permet, de toute évidence, de garantir une meilleure égalité de traitement entre les assurés³¹⁰¹.

1244. Enfin, le Défenseur des droits, à l'occasion, ici également, de l'adoption de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, a obtenu la modification du régime de prise en charge des frais de transports des enfants accueillis en centres médico-psycho-pédagogiques dans un sens plus conforme au principe d'égal accès aux soins. S'adressant aux enfants et aux adolescents souffrant de difficultés d'apprentissage, de troubles psychiques, psychomoteurs ou du comportement, ces centres se distinguent en raison d'une activité exclusivement ambulatoire prenant la forme de plusieurs séances de traitement de quelques heures par semaine. Par conséquent, les soins qu'ils proposent nécessitent des déplacements réguliers de l'enfant vers le centre. Or, par le passé, la prise en charge des frais de transport n'était pas systématiquement alignée sur celle des séances de soin et différait d'un département à l'autre. Source d'inégalités, ce déficit de réglementation est désormais résolu puisque, depuis 2012, la prise en charge s'effectue dans les conditions de droit commun applicables à tous les transports sanitaires, c'est-à-dire une prise en charge à hauteur de 65 % conditionnée à une demande d'entente préalable auprès de la caisse d'affiliation³¹⁰².

b. Le droit à l'éducation

1245. S'exprimant essentiellement à travers la résolution de litiges individuels, la participation du Défenseur des droits à la protection du droit fondamental à l'éducation ne présente rien de très surprenant dès lors que la nouvelle institution française dispose d'une compétence explicite de défense et de promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant. Elle est d'autant moins surprenante que la majorité des réclamations qui lui sont adressées concernent des difficultés d'accès au système éducatif rencontrées par des enfants handicapés et, par conséquent, intéressent également sa mission de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité.

1246. A ce titre, le Défenseur des droits a, par exemple, eu à connaître de la situation d'une jeune fille handicapée, âgée de 6 ans, dans l'impossibilité d'aller à l'école en raison de l'absence de renouvellement de son droit à un auxiliaire de vie scolaire. Saisi de la question par la mère, le Défenseur des droits constate, en réalité, que la demande de renouvellement d'auxiliaire de vie scolaire, n'a jamais été reçue par la Maison départementale pour les personnes handicapées. Afin de remédier à ce dysfonctionnement administratif, le Défenseur

³¹⁰⁰ Loi n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de Sécurité sociale pour 2012, *J.O.* du 22 décembre 2011, p. 21682.

³¹⁰¹ Sur l'ensemble de ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, pp. 89-90.

³¹⁰² *Ibid.*, pp. 88-89.

entre en contact avec l'assistante sociale de la Maison départementale pour les personnes handicapées, l'enseignant référent de la fillette, le Service d'éducation et de soins spécialisés à domicile et le recteur d'Académie. La mise en collaboration de ces différents organismes a finalement permis le recrutement d'un auxiliaire de vie scolaire³¹⁰³.

1247. L'action du Défenseur des droits en faveur du droit de tous à l'éducation a également conduit l'autorité à intervenir en faveur de la gratuité de l'enseignement à distance pour les enfants handicapés de plus de seize ans. En l'occurrence, l'intervention du Défenseur des droits faisait suite à une réclamation de parents contestant l'absence de gratuité des frais d'inscription au CNED de leur fils de 17 ans dans l'impossibilité de se rendre au lycée pour poursuivre sa scolarité en raison d'une maladie générique évolutive. Après avoir rappelé que l'éducation est un droit pour tous, quel que soit l'état de santé, le Défenseur constate que « *si les lycéens âgés de plus de seize ans peuvent poursuivre leur scolarité gratuitement dans l'enseignement public, les élèves de plus de seize ans souffrant d'un handicap et se trouvant dans l'impossibilité d'être scolarisés dans des établissements d'enseignement ordinaires ou médico-sociaux, doivent eux, payer leur scolarité* ». En réaction à cette différence de traitement, le Défenseur a recommandé au ministre de l'éducation nationale de prendre les mesures nécessaires pour assurer la gratuité des droits d'inscription au CNED pour les élèves souffrant d'un handicap âgés de seize ans et plus³¹⁰⁴.

1248. L'activité du Défenseur des droits dans le domaine du droit à l'éducation dépasse toutefois le strict cadre de la protection des mineurs. Parmi les différentes réclamations qui lui sont adressées, l'institution est également amenée à connaître des difficultés d'accès à l'enseignement supérieur rencontrées par les étudiants majeurs. En cette matière, le Défenseur des droits a notamment été saisi d'un refus d'inscription à l'université opposé à un étudiant mahorais. En l'espèce, le jeune homme, entré sur le territoire français en 2003 pour raison médicale, a obtenu, jusqu'en 2010, plusieurs titres de séjours pour raison de santé qui lui ont permis de poursuivre sa scolarité en France jusqu'à l'obtention de son baccalauréat. Souhaitant s'inscrire à l'université, il présente un récépissé du renouvellement de son titre de séjour d'une validité de trois mois mais ce document n'est pas accepté lors des inscriptions pour des formations ou des études supérieures. En fin de compte, le délégué du Défenseur en charge de l'affaire a obtenu le réexamen du dossier par la préfecture qui a fourni à l'intéressé une attestation confirmant l'attribution prochaine d'une carte de séjour. Aussitôt, le jeune homme a pu s'inscrire dans le centre de formation de son choix³¹⁰⁵. Toujours dans le secteur de l'enseignement supérieur, le Défenseur des droits s'est trouvé sollicité par une étudiante qui contestait le refus du CROUS de lui verser une bourse d'étude. Justifiant son refus en raison des revenus trop élevés des parents de l'étudiante, le CROUS n'avait toutefois pas tenu compte de leur changement de situation maritale à la suite de leur divorce. Après de multiples démarches, sans succès, auprès du service des bourses, la réclamante se tourna vers le délégué départemental du Défenseur des droits. Ce dernier, constatant l'évolution du contexte familial,

³¹⁰³ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁰⁴ Décision du Défenseur des droits n° MLD/2011-91 du 12 janvier 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁰⁵ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

est parvenu à convaincre le CROUS de procéder à l'attribution rétroactive d'une bourse de 1500 euros³¹⁰⁶.

c. Le droit au logement

1249. Suscitant de très nombreuses interventions du Défenseur des droits, le droit au logement retient avant tout l'attention de la nouvelle institution française sous l'angle de sa mission de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité. Régulièrement saisi de réclamations mettant en cause des difficultés d'obtention d'un logement en raison de l'âge, du handicap ou de l'origine, le Défenseur des droits est, en effet, souvent amené à inciter les responsables à modifier leurs pratiques dans un secteur où les réclamants usent peu du recours contentieux³¹⁰⁷. A l'origine d'un séminaire organisé par Dominique Baudis le 30 octobre 2012³¹⁰⁸ et d'une enquête réalisée en novembre 2012³¹⁰⁹, les discriminations sur le marché locatif ont conduit le Défenseur des droits à adopter, à deux reprises, une série de recommandations en vue de garantir l'égal accès de tous au logement.

1250. La première série résulte de la décision n° MLD/2011-16 adoptée le 10 novembre 2011 par le collège chargé de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité³¹¹⁰. Elle fait suite à une réclamation adressée au Défenseur des droits le 5 mai 2010 par un couple s'étant vu refuser par le Conseil général des Pyrénées-Atlantiques le bénéfice du Pass-foncier, destiné à l'acquisition d'un logement, au motif qu'ils avaient plus de 40 ans. Tandis qu'ils avaient obtenu du Comité interprofessionnel du logement un accord de principe pour l'octroi d'un tel prêt, sous réserve de « *l'obtention d'une attestation d'aide à l'accession sociale à la propriété attribuée par une ou plusieurs collectivités territoriales ou par un groupement de collectivités territoriales du lieu d'implantation du logement* », ce même Comité leur indiqua, par courrier daté du 21 avril 2010, que « *le Conseil général n'accorde la subvention qu'aux personnes ayant moins de 40 ans* » et, par conséquent, que le bénéfice du Pass-foncier leur avait été refusé. S'estimant victime d'une discrimination de la part du Conseil général, les requérants s'adressèrent au Défenseur des droits. Ce dernier, constatant une différence de traitement fondée sur l'âge, potentiellement attentatoire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne³¹¹¹, se tourne vers le Conseil général des Pyrénées-Atlantiques afin d'obtenir

³¹⁰⁶ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁰⁷ En ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 108.

³¹⁰⁸ Défenseur des droits, *Séminaire égalité dans le logement : « comprendre, s'engager, agir ensemble »*, 30 octobre 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁰⁹ Défenseur des droits, *Enquête sur les discriminations dans l'accès au logement locatif*, novembre 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹¹⁰ Décision du Défenseur des droits n° MLD/2011-16 du 10 novembre 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹¹¹ D'un point de vue textuel, le Défenseur des droits s'appuyait sur l'article 14 de la Convention européenne qui dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus par la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Sur le plan jurisprudentiel, le Défenseur se fondait, tout d'abord, sur l'arrêt *Schwizgebel c. Suisse* aux termes duquel les discriminations fondées sur l'âge sont prohibées (C.E.D.H., 10 juin 2010, req. n° 25762/07), ensuite, sur la jurisprudence *Gaygusuz c. Autriche* reconnaissant que

davantage d'informations. Afin de justifier sa position, le Conseil général invoque les termes de la circulaire du ministère du logement en date du 11 juin 2009 prévoyant, entre autres, que la subordination de la délivrance des aides octroyées par les collectivités territoriales au critère de l'âge, bien que n'étant pas recommandée, peut être admise « *sous réserves d'un contexte local particulier et de la définition des objectifs de la politique de logement comme par exemple l'attraction des jeunes ménages* ». L'objectif poursuivi par le Conseil général des Pyrénées-Atlantiques, mais également par de nombreuses autres collectivités territoriales subordonnant elles aussi l'octroi du Pass-foncier au critère de l'âge, « *étant de rendre attractif le territoire et de garder les jeunes ménages en lien avec l'emploi et la politique économique du département* ». Partiellement convaincante aux yeux du Défenseur des droits³¹¹², cette première explication se double d'une seconde ne laissant, cette fois-ci, la place à aucun doute quant au caractère manifestement disproportionné de cette différence de traitement au regard de l'objectif poursuivi. Selon le Conseil général, le critère de l'âge a également « *été choisi en lien avec leur partenaire du 1% logement, le CILSO" qui, établissant des offres de prêt sur une durée maximum de 25 ans, a estimé que l'âge de 65 ans était une date limite pour le remboursement du prêt, afin de sécuriser l'opération* ». Le Défenseur en conclut que la limitation de l'âge n'est, en réalité, nullement motivée par les objectifs d'emploi et de politique économique initialement affichés, mais uniquement par un souci de rentabilité financière de l'opération mise en œuvre. La discrimination en raison de l'âge ainsi établie, le Défenseur des droits a, tout d'abord, rappelé au Conseil général des Pyrénées-Atlantiques qu'il est interdit de subordonner l'octroi d'aides financières à un critère discriminant, tel que l'âge des candidats, pour, ensuite, recommander à l'association des départements de France d'informer ses membres sur les risques contentieux liés à l'utilisation du critère de l'âge dans l'octroi d'avantages financiers et, enfin, inviter cette même association à engager une réflexion sur la définition de critères pertinents conciliant objectif d'attractivité des territoires et respect du principe d'égalité, et la revue des mesures en vigueur fondées sur ce critère.

1251. La seconde série de recommandations, adoptée le 24 mai 2012, s'inscrit en réaction à un certain nombre de pratiques discriminantes à l'égard des habitants d'Outre-mer à la recherche d'un logement. Alerté à plusieurs reprises d'hypothèses de refus de cautions immobilières en raison de la domiciliation ultra-marine des intéressés, Dominique Baudis a conclu, après enquête, à une situation de discrimination en raison de l'origine et à une atteinte au principe d'égalité de traitement. Soucieux qu'il soit mis fin à cette différence de traitement, le Défenseur des droits a fait observer que, d'une part, les lois et les règlements sont, aux termes de l'article 73 de la Constitution, applicables de plein droit dans les départements et régions d'Outre-mer et, d'autre part, le développement actuel des moyens de communication

les prestations sociales constituent un droit patrimonial protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (C.E.D.H., 16 septembre 1996, req. n° 17371/90) et, enfin, sur la décision *Petrovic c. Autriche* précisant qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire au sens de l'article 14 « *si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.* » (C.E.D.H., 27 mars 1998, req. n° 20458/92).

³¹¹² Le Défenseur des droits indiquait, en effet, que si l'objectif du Conseil général peut paraître légitime dans son principe, l'exclusion systématique des plus de 40 ans du bénéfice du Pass-foncier révèle une disproportion entre les moyens employés et le but visé, dans la mesure où les plus de 40 ans sont, eux aussi, des actifs susceptibles d'avoir de jeunes enfants à charge.

garantit la bonne exécution des contrats de crédits, quelle que soit la domiciliation. Par ailleurs, et surtout, le Défenseur a rappelé que, sur la base de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989³¹¹³, a été signée, en juillet 2008, une convention entre le ministère du logement et les principales organisations de la propriété et de la transaction immobilières prohibant le refus de location lorsque la caution est dans un département d'Outre-mer. En conséquence de quoi le Défenseur des droits a recommandé l'adoption immédiate des dispositions de nature à mettre fin à cette pratique et précisé qu'il n'hésiterait pas à se saisir d'office et, le cas échéant, les juridictions compétentes de toute situation révélant un manquement à ces recommandations.

1252. Indépendamment de ces interventions en faveur de l'égal accès à un logement, dans le cadre de sa mission de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, le Défenseur des droits s'intéresse également au droit au logement dans son acception davantage prestataire, en venant en aide aux personnes rencontrant des difficultés matérielles ou financières pour préserver leur logement ou se loger convenablement. Deux exemples permettent d'illustrer le propos.

1253. D'une part, l'intervention du Défenseur des droits en faveur de locataires dans l'incapacité financière de s'acquitter de leur taxe d'habitation. Une illustration en ce sens est proposée par le site internet de l'institution. En l'espèce, il s'agissait d'un locataire redevable d'une taxe d'habitation d'un montant de 502 euros, au titre de l'année 2010, qui avait sollicité un étalement de paiement. S'acquittant des deux premières échéances de 168 euros et 167 euros, il n'avait pas réglé, en revanche, sa dernière échéance à cause de la diminution de ses ressources. En conséquence, le service des impôts des particuliers lui avait adressé une lettre de relance de 217 euros correspondant à la dernière échéance majorée de 50 euros. Compte tenu de la situation très fragile de l'intéressé, le délégué du Défenseur des droits a obtenu du trésorier que lui soient accordés une remise totale de la majoration encourue et le paiement du reliquat de sa dette en deux échéances³¹¹⁴.

1254. D'autre part, la contribution du Défenseur des droits au relogement de personnes dans des logements plus adaptés à leur situation. Alerté du cas d'une famille de quatre personnes vivant dans un studio de 37 m², le Défenseur a ainsi rendu possible, à la suite d'un courrier circonstancié adressé au maire de la commune où était domiciliée cette famille, son relogement dans une habitation davantage adaptée à ses besoins³¹¹⁵.

³¹¹³ Cette article dispose, notamment, que « lorsqu'un cautionnement pour les sommes dont le locataire serait débiteur dans le cadre d'un contrat de location conclu en application du présent titre est exigé par le bailleur, celui-ci ne peut refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française ou qu'elle ne réside pas sur le territoire métropolitain » (art. 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs tel que modifié par l'article 39 de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, *J.O.* du 25 novembre 2009, p. 20206.).

³¹¹⁴ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹¹⁵ Sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 94.

d. Le droit à l'emploi et à la sécurité matérielle

1255. Avec 1857 dossiers ouverts en 2011 par le Défenseur des droits³¹¹⁶, le secteur de l'emploi et de la sécurité matérielle se présente, avec celui du droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale, comme l'un des plus grands pourvoyeurs de saisines. Rien de bien étonnant toutefois eu égard au contexte actuel de crise économique et sociale et à ses répercussions sur l'emploi et le système de protection sociale. Comme l'indique le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, « *pour répondre à la crise, les organismes de protection sociale ont dû continuer à accroître leurs performances en professionnalisant leurs productions de prestations. Si, pour la grande majorité des assurés, ces prestations ont permis, au mieux, de maintenir leur niveau de vie et, au pire, de garantir leur survie, les tensions qui touchent tous les secteurs ont rendu encore plus ingérables les situations complexes nécessitant à la fois des compétences transversales et un investissement temps important* »³¹¹⁷. Aussi le pôle protection sociale et solidarité du Défenseur des droits a-t-il dû faire face à de très nombreux litiges individuels.

1256. Or, « *dans un système où, d'une part, le chômage s'aggrave et, d'autre part, le régime d'assurance-chômage est parfois modifié de manière à réaliser des économies par une diminution du niveau moyen des allocations, voire par l'édiction de règles plus drastiques pour en bénéficier* »³¹¹⁸, l'action du Défenseur des droits en la matière mérite de toute évidence d'être saluée. Parce que le travail se présente comme le premier fil du lien social, le chômage se trouve à l'origine de la quasi-totalité des situations d'exclusion. Ainsi que le fait remarquer l'ancien Médiateur de la République Jacques Pelletier, « *lorsque ce fil essentiel du lien social qu'est l'emploi est rompu, toute la pelote se dévide ensuite* »³¹¹⁹ ; à savoir l'exclusion du logement, l'exclusion des soins, l'exclusion de la culture et du système éducatif, puis, à terme, l'exclusion des droits³¹²⁰.

1257. Parmi les différents exemples offerts par les premiers mois d'activité du Défenseur des droits dans le domaine de l'emploi et de la sécurité matérielle, principalement trois méritent de retenir l'attention.

1258. Tout d'abord, la contribution du Défenseur au rétablissement des ex-salariés de l'Association réunionnaise d'aide sociale territorialisée dans leurs droits. Une partie des 1200 salariés, licenciés, en novembre 2009, à la suite de la liquidation judiciaire de l'Association, n'ayant pu obtenir leurs indemnités de licenciement en raison d'un conflit opposant le Conseil

³¹¹⁶ *Ibid.*, p. 82.

³¹¹⁷ *Ibid.*

³¹¹⁸ J. Pelletier, « L'ombudsman et la lutte contre l'exclusion », *op. cit.*

³¹¹⁹ *Ibid.*

³¹²⁰ En ce sens que « *sans un socle minimal de connaissances et d'outils culturels, l'individu n'est plus à même de faire valoir ses droits dans une société dont la complexité croissante multiplie les règles juridiques et les procédures. Le libre accès à la justice, la perception des aides sociales, instituées précisément pour éviter les situations d'exclusion en compensant les effets de chômage, du handicap ou de toute autre vulnérabilité, l'exercice de la citoyenneté, voilà autant de droits dont l'exercice peut être interdit non seulement par la méconnaissance des démarches à accomplir, mais aussi souvent uniquement par la crainte d'avoir à les entreprendre lorsqu'on se sent dépourvu des moyens de le faire* » (*Ibid.*).

général de la Réunion et l'Association de garantie des salaires au sujet de l'organisme en charge du versement desdites indemnités. Etant entendu que le Conseil des Prud'hommes de Saint-Pierre, saisi par un certain nombre de salariés, avait jugé que le versement était à la charge du Conseil général. Sollicité par la Ligue des droits de l'homme ainsi que par la CFTC, le Défenseur des droits a, dans un premier temps, suggéré que les indemnités de licenciement des salariés n'ayant pas saisi les Prud'hommes ou en attente d'un jugement soient versées par le régime de garantie des salaires. Dans un second temps, le Défenseur des droits, à l'occasion d'une rencontre organisée le 20 janvier 2012 avec les parties prenantes, dans le but de préparer les conditions d'un accord sur les modalités de versement des indemnités de licenciement, est parvenu à formaliser une proposition faisant l'objet d'un consensus : le versement des indemnités légales de licenciement à l'ensemble des salariés qui n'en ont pas bénéficié sans qu'ils aient besoin de saisir les juridictions, chacune des parties, c'est-à-dire l'Association de garantie des salaires et le Conseil général, s'engageant à verser 50 % du montant au mandataire judiciaire³¹²¹. Finalement, Dominique Baudis, lors de son déplacement à la Réunion, les 22 et 23 février 2012, a obtenu la confirmation de la part de l'Association de garantie des salaires et de la Présidente du Conseil général que l'accord du 20 janvier 2012 serait respecté. Quelques jours plus tard, le 5 mars 2012, les sommes correspondantes aux indemnités légales de licenciement étaient effectivement débloquées³¹²².

1259. Ensuite, le Défenseur des droits a rendu possible la résolution de divers conflits relatifs à l'allocation d'aide au retour à l'emploi³¹²³. En cette matière, Dominique Baudis a notamment eu à connaître, en 2011, de la situation d'une femme radiée de Pôle emploi pour motif illégitime. En l'espèce, l'intéressée, auxiliaire de vie scolaire dans le cadre d'un contrat conclu pour une année scolaire, avait refusé le renouvellement de son contrat pour l'année suivante. Inscrite comme demandeur d'emploi, elle s'était tournée vers Pôle emploi afin de bénéficier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi. L'organisme lui indiqua qu'en réalité la charge de l'indemnisation incombait au rectorat. Mais celui-ci rejeta sa demande au motif que le refus de signer un nouveau contrat ne lui permettait pas de remplir la condition de perte involontaire d'emploi. Saisi de la question, le Défenseur des droits fit valoir auprès du rectorat, non seulement qu'un défaut de renouvellement de contrat ne peut, juridiquement, être confondu avec une démission, mais également qu'aux termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, le refus de renouveler son contrat est toujours considéré comme une perte involontaire d'emploi lorsque le refus est fondé sur un motif légitime, lié à des considérations d'ordre personnel ou au fait que le contrat a été modifié de façon substantielle sans justification de l'employeur. Or, en l'occurrence, la justification avancée par la réclamante, à savoir l'entrée à l'école d'assistantes sociales et l'incompatibilité entre le suivi de cette formation et l'accomplissement d'un service d'auxiliaire de vie scolaire, entrait bien dans la catégorie des considérations d'ordre personnel légitimes. Par conséquent, le Défenseur indiqua au rectorat que l'entrée en formation de l'intéressée ne saurait entraîner sa radiation

³¹²¹ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹²² [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹²³ Les problématiques relatives au chômage et aux aides à l'emploi représentent 15 % des affaires adressées au Défenseur des droits dans le domaine de l'emploi et de la sécurité matérielle (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 83).

de la liste des demandeurs d'emploi. Le recteur de l'académie se rangea à cette analyse, permettant ainsi à la requérante de poursuivre ses études tout en percevant l'allocation d'aide de retour à l'emploi³¹²⁴.

1260. Plus récemment, le Défenseur des droits s'est trouvé saisi du cas d'un demandeur d'emploi, ayant travaillé en Grande-Bretagne de 2008 à janvier 2011, puis en France en avril 2001, ne parvenant pas à obtenir une allocation d'aide de retour à l'emploi en raison du caractère incomplet de son dossier d'indemnisation chômage. Selon Pôle emploi, l'activité effectuée par le demandeur en France ne pouvait faire l'objet d'un chèque emploi service alors que c'est ainsi qu'il avait été rémunéré. En conséquence de quoi l'organisme demandait à l'intéressé que son ex-employeur contacte l'Union de recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'allocations familiales afin d'obtenir une attestation employeur et un bulletin de salaire qui soient conformes à la réglementation. Or, bien qu'ayant adressé l'ensemble de ces justificatifs à son agence Pôle emploi, le réclamant ne parvenait toujours pas à obtenir l'allocation d'aide de retour à l'emploi. Aussi se résolut-il à s'adresser au Défenseur des droits. Outre le caractère déraisonnable du délai imposé pour l'analyse des justificatifs, ce dernier souligna que les droits de l'intéressé, liés à son travail en Grande-Bretagne, rendaient à eux seuls possible l'indemnisation, ce qui permit au plaignant de percevoir un rappel de plus de 40 000 euros correspondant à l'allocation d'aide de retour à l'emploi³¹²⁵.

1261. Enfin, le Défenseur est intervenu à plusieurs reprises pour résoudre des différends concernant le versement de retraites ou de pensions de réversions³¹²⁶. Une illustration en ce sens est donnée par le cas d'un retraité ne parvenant pas à percevoir sa retraite dans son intégralité. Ayant successivement travaillé dans le secteur privé puis comme contractuel dans l'armée de l'air, celui-ci était censé recevoir une pension de la caisse régionale d'assurance vieillesse et maladie et un complément de l'Institution de retraite complémentaire des agents non titulaires de l'État et des collectivités locales. Or, lorsqu'il fit valoir ses droits à la retraite en 2007, sa pension fut validée mais sa retraite complémentaire, en revanche, ne lui fut pas attribuée au motif que le calcul de son montant se révélerait très long et compliqué. En mars 2011, le retraité contacta le délégué départemental du Défenseur des droits qui s'employa à reprendre, avec chacun des interlocuteurs, l'intégralité du parcours de traitement du dossier et obtint, après validation auprès des chefs de service, l'assurance que la pension complémentaire serait désormais versée³¹²⁷.

1262. Au-delà de la résolution de litiges individuels, le secteur de l'emploi et de la sécurité matérielle a, par ailleurs, justifié des propositions de réforme de la part du Défenseur des droits. A titre d'exemple, Dominique Baudis a interpellé les pouvoirs publics sur la nécessité d'étendre la pension de réversion au profit des partenaires pacsés, alors même que le Conseil

³¹²⁴ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹²⁵ Sur cette affaire, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 84.

³¹²⁶ Sans compter que la réforme des retraites de 2010, comme le souligne le rapport annuel du Défenseur des droits de 2011, « a engendré beaucoup de litiges complexes, avec un focus particulier sur les règles relatives à l'application du minimum vieillesse » (*Ibid.*, pp. 82-83).

³¹²⁷ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

constitutionnel, s'appuyant sur la différence des obligations pesant sur les couples mariés, les concubins et les partenaires, a jugé, à l'occasion de sa décision QPC en date 29 juillet 2011, l'actuel dispositif conforme à la Constitution. A l'argument avancé par le Conseil selon lequel la différence de traitement entre les couples mariés et pacsés quant au bénéfice de la pension de réversion n'induit aucune rupture de l'égalité³¹²⁸, le Défenseur des droits a effectivement répondu que « *si les époux sont en effet tenus à plus d'obligations, même en cas de dissolution du mariage, les partenaires de même sexe n'ont cependant pas le choix quant aux modalités de leur union, puisqu'ils n'ont pas accès au mariage* »³¹²⁹. Dans la continuité du droit à l'emploi, le droit au congé a également nourri les propositions de réformes adressées par le Défenseur des droits. Amené à se prononcer en faveur du renforcement des droits sociaux des couples pacsés, le Défenseur a préconisé l'instauration d'un droit au congé de quatre jours pour conclusion d'un pacte civil de solidarité au profit des salariés du secteur privé. L'objectif poursuivi étant d'aligner leurs droits sur ceux des agents du secteur public qui disposent déjà d'une autorisation exceptionnelle d'absence³¹³⁰.

1263. Se rapprochant sur ce point de ses homologues ibériques, le Défenseur des droits s'illustre, en définitive, en raison d'une participation active à la concrétisation et, plus largement, à la protection des droits-sociaux créances. Qu'il s'agisse de la résolution des litiges individuels ou des suggestions de réformes législatives ou réglementaires, les premiers mois d'activité de la nouvelle institution laissent, en effet, transparaître une sensibilité indiscutable pour les problématiques d'ordre social. De toute évidence, il faut voir là une illustration supplémentaire du rôle déterminant de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux du point de vue de la concrétisation de l'Etat social de droit. Contrairement au juge qui n'est pas toujours le mieux placé pour garantir l'effectivité des droits-sociaux créances, le Défenseur des droits compte sur une configuration institutionnelle lui permettant « *d'épouser le mouvement social au plus près* »³¹³¹. Vecteur de lutte contre l'exclusion, l'institution française, à l'instar du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, se refuse, au surplus, d'abaisser l'intensité de son contrôle dans le domaine des principes constitutionnels ouvrant droit à l'obtention de prestations matérielles et des principes supposant la mise en œuvre de politiques sociales³¹³². En somme, là où le juge, par retenu, ou en raison de l'inefficacité de ses pouvoirs, ne parvient pas toujours à obtenir des résultats satisfaisants pour les droits-créances, la protection non juridictionnelle parvient à satisfaire la demande d'Etat, entendue dans son acception sociale, en œuvrant, par la voie du dialogue et de la persuasion, en faveur de la mise en place de services publics en charge de la délivrance de prestations matérielles.

³¹²⁸ Cons. constit., décision 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, *Mme Laurence L.* [Pension de réversion et couples non mariés], *J.O.* du 30 juillet 2011, p. 13048.

³¹²⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 114.

³¹³⁰ *Ibid.*

³¹³¹ J. Caillosse, *Introduire au droit*, *op. cit.*, p. 105.

³¹³² C'est également là une différence notable avec le juge qui, très certainement conscient du coût économique et financier impliqué par la concrétisation des droits-créances, admet une importante latitude d'appréciation aux autorités normatives dans la mise en œuvre de cette catégorie de droits, au point de se montrer parfois timoré.

1264. L'analogie avec les *ombudsmen* espagnol et portugais trouve, de surcroît, à s'exprimer sur le terrain du renforcement de la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables.

2. Les personnes vulnérables

1265. Plus encore, peut être, que les droits-sociaux créances, la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables occupe une place centrale dans l'activité du Défenseur des droits. Au-delà des droits fondamentaux des personnes handicapées (a) et des enfants (b), dont la prise en charge par le Défenseur des droits apparaît somme toute logique compte tenu de ses missions, d'une part, de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, d'autre part, de défense et de promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant, cette attention portée aux droits fondamentaux des publics dits fragiles s'exprime à l'égard des étrangers (c) et des détenus (d).

a. Les droits fondamentaux des personnes handicapées

1266. S'inscrivant dans la continuité de la mission poursuivie, jusqu'à présent, par la HALDE, la protection des droits fondamentaux des personnes handicapées par le Défenseur des droits doit également être appréhendée au regard de l'intérêt porté par l'ancien Médiateur de la République à cette problématique³¹³³. Clairement revendiquées par le Médiateur comme un champ d'intervention important, les politiques du handicap retiennent assez logiquement l'attention du Défenseur des droits. Plusieurs facteurs témoignent de cette sensibilité de la nouvelle autorité pour les droits fondamentaux des personnes handicapées. On songera, par exemple, au souhait, formulé par son représentant, de contribuer, en liaison avec le Conseil national consultatif des personnes handicapées, à l'élaboration d'une culture juridique propre à la mise en œuvre de la Convention internationale des droits des personnes handicapées entrée en vigueur en 2010³¹³⁴. Ou, encore, à la volonté exprimée par Dominique Baudis de préserver les délégués, mis en place, en 2006, par le Médiateur de la République dans chaque département³¹³⁵, en charge de correspondre, dans le cadre de l'article 64 de la loi du 11 février 2005³¹³⁶, avec la « personne référente » de la maison départementale des personnes handicapées. L'objectif étant de donner le maximum d'efficacité à la procédure consistant pour cette « personne référente » à transmettre, initialement au Médiateur, désormais au Défenseur, les réclamations formées par des personnes handicapées ou leurs représentants qui entrent dans le champ de compétence de l'institution et, ce faisant, de faciliter et d'accélérer le traitement des litiges³¹³⁷.

³¹³³ Sur l'action du Médiateur de la République à l'égard des droits fondamentaux des personnes handicapées, le lecteur pourra utilement se référer à A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., pp. 329 et ss.

³¹³⁴ Sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 38.

³¹³⁵ En ce sens, v. A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., pp. 329-330.

³¹³⁶ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, op. cit.

³¹³⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 76.

1267. Quoi qu'il en soit, le Défenseur des droits, fort de sa légitimité à garantir l'effectivité des droits des personnes handicapées, se trouve, d'ores et déjà, à l'origine d'avancées salutaires en cette matière. Etant entendu que, jusqu'à présent, l'essentiel de l'activité de l'institution a consisté dans la résolution de litiges individuels. C'est ainsi que, dans le domaine de l'emploi, le Défenseur a été saisi par un adjoint technique territorial de deuxième classe d'un Conseil général, titulaire d'une carte permanente d'invalidité, en raison de la rupture de son contrat à durée déterminée, précédemment renouvelé à 23 reprises. Concluant, après enquête, que ce licenciement n'était fondé sur aucun élément objectif et, de ce fait, devait être considéré comme motivé par l'inaptitude physique du réclamant, le Défenseur des droits constata que le Conseil général n'avait pas envisagé les modalités de reclassement de l'intéressé. Confronté à une situation de discrimination prohibée en raison de l'état de santé et du handicap du réclamant, le Défenseur des droits recommanda, par conséquent, au Président du Conseil général de « *réexaminer la situation de l'intéressé, en recherchant les mesures appropriées pour lui permettre de poursuivre sa carrière au sein de la collectivité territoriale et, à défaut, de l'indemniser pour les dommages matériels et moraux subis* »³¹³⁸.

1268. Toujours en matière d'emploi, le Défenseur des droits a obtenu, à plusieurs reprises, du juge judiciaire la condamnation de pratiques discriminatoires en raison du handicap. Un exemple, parmi d'autres, est proposé par le rapport d'activité de l'institution pour l'année 2011. En l'occurrence, il s'agit d'une personne souffrant d'une déficience intellectuelle avec une lenteur de réflexion embauchée depuis 1991 par une société, d'abord en qualité d'agent d'entretien, puis en qualité d'agent de traitement du courrier. Refusant, à la suite de la suppression de son poste, trois postes très éloignés de son domicile, qui nécessitent d'avoir le permis de conduire, ce qu'elle ne peut obtenir du fait de son handicap, cette personne est finalement licenciée pour impossibilité de reclassement. Bien qu'elle ait signifié à son employeur son statut de travailleur handicapé, ce dernier, à l'occasion de l'enquête effectuée par le Défenseur des droits, soutient qu'il n'a jamais eu connaissance du handicap de la salariée. Le Défenseur, au vu des éléments recueillis, décide toutefois de présenter ses observations devant la Cour d'appel d'Orléans qui, à travers un arrêt en date du 15 novembre 2011, reconnaît le caractère discriminatoire du licenciement, ordonne la réintégration de la salariée et condamne l'employeur à lui verser plus de 58 000 euros de dommages et intérêts³¹³⁹.

1269. En dehors du domaine de l'emploi, le Défenseur des droits a également été conduit à saisir le juge judiciaire d'une affaire, largement relayée par les médias³¹⁴⁰, relative à une discrimination liée au handicap dans le transport aérien. En l'espèce, il était question de trois handicapés moteurs qui avaient réservé des billets d'avion dans une compagnie *low cost* sans préciser qu'ils se déplaçaient en fauteuil roulant. Le jour du départ, la compagnie aérienne, sans autre évaluation de leur autonomie, leur refuse l'embarquement au motif qu'ils ne sont pas accompagnés. Le tribunal de grande instance saisi de l'affaire a condamné la compagnie,

³¹³⁸ Décision du Défenseur des droits n° LCD 2012-26 (*Ibid.*, p. 107).

³¹³⁹ Décision du Défenseur des droits n° LCD 2011-86 (*ibid.*, p. 105).

³¹⁴⁰ En ce sens, v. par ex. « EasyJet condamné pour discrimination envers des passagers handicapés », *Libération*, 13 janvier 2012, [en ligne]. Disponible sur [<http://www.liberation.fr/societe>].

sur la base des observations transmises par le Défenseur des droits, à 70 000 euros d'amende et au versement de 2000 euros de dommages et intérêts à chacun des plaignants³¹⁴¹.

1270. Consistant essentiellement dans la résolution de litiges individuels, l'action du Défenseur des droits en faveur des droits fondamentaux des personnes handicapées a toutefois conduit l'institution, sur la base des litiges individuels portés à sa connaissance, à formuler quelques réclamations de portée plus générale. Une illustration en ce sens est donnée par la décision n° MLD/2012-31 adoptée par le collège en charge de la lutte contre les discriminations le 12 avril 2012. En l'espèce, le Défenseur des droits était saisi par une personne handicapée d'une réclamation relative aux difficultés de mise en œuvre de la garantie « véhicule de remplacement » prévue par son contrat d'assurance en cas d'immobilisation de son véhicule adapté à son handicap. Désireux de prévenir le renouvellement de telles difficultés, le Défenseur a estimé nécessaire d'attirer l'attention des assureurs de véhicules terrestres à moteur sur la problématique de la mobilité des personnes handicapées. Aussi leur a-t-il adressé deux recommandations : développer leur parc de véhicules avec boîte automatique et commandes au volant ; proposer à leurs assurés des solutions alternatives en cas d'immobilisation de leur véhicule, notamment la prise en charge des frais de transport justifiés par l'assuré³¹⁴².

1271. Par ailleurs, et pour finir sur la protection des droits fondamentaux des personnes souffrant d'un handicap, il convient de mentionner le groupe de travail organisé par le Défenseur des droits sur la question de l'éventuelle discrimination des électeurs non voyants ou malvoyants « *en raison des modalités de vote auxquelles ils doivent se soumettre, qui auraient pour effet d'empêcher, à leur égard, le respect du principe du secret du vote* »³¹⁴³. A la suite de travaux préparatoires se proposant de dresser un état des lieux des modalités d'accès au vote de cette catégorie de la population, une réunion, organisée le 14 décembre 2011 par la vice-présidente du collège en charge de la lutte contre les discriminations, a permis la confrontation des points de vue des personnalités composant le groupe de travail et, en définitive, l'adoption de recommandations visant à permettre aux électeurs non voyants ou malvoyants de voter de façon autonome. Rejoignant celles du Conseil national consultatif des personnes handicapées, associé aux travaux du Défenseur des droits, ces recommandations consistent dans l'instauration de moyens d'information spécifique préalablement au scrutin, l'adaptation des bureaux et des bulletins de vote, ainsi que l'accessibilité du vote électronique et des machines à voter³¹⁴⁴.

b. Les droits fondamentaux des enfants

1272. Héritée de l'ancien Défenseur des enfants, la mission de défense et de promotion de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant attribuée au Défenseur des droits conduit

³¹⁴¹ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁴² Décision du Défenseur des droits n° 2012-31, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁴³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 118.

³¹⁴⁴ Pour une présentation exhaustive de ces recommandations, le lecteur pourra utilement se référer à la décision du Défenseur des droits n° MLD/2012-2 du 12 janvier 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

naturellement la nouvelle institution française à se montrer particulièrement vigilante vis-à-vis de l'effectivité des droits et libertés de cette catégorie de la population. En témoigne la distribution, dans les lieux d'accueil du public, tels que les mairies, les palais de justice et les caisses d'allocations familiales, de 100 000 documents d'information sur les droits de l'enfant³¹⁴⁵. Ou, encore, la volonté affichée par le représentant de l'institution, à travers son premier rapport d'activité, d'approfondir et de préciser la portée normative de la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant ». Empruntée à la Convention internationale des droits de l'enfant par la loi organique du 29 mars 2011, cette notion a finalement conduit le Défenseur des droits à engager des réflexions faisant l'objet, depuis le début de l'année 2012, d'un groupe de travail³¹⁴⁶. Dans cette perspective, Dominique Baudis n'a pas manqué de souligner qu' « *il appartiendra [...] à l'ensemble des agents du Défenseur des droits d'intégrer dans leurs raisonnements les réflexes juridiques que sous-tend l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant* »³¹⁴⁷. En outre, Dominique Baudis, animé par le souci de faciliter l'accès des enfants à leurs droits, estime nécessaire de mener une véritable réflexion autour des leviers offerts par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 4 juin 1996 dont l'objet, aux termes de l'article 1-2, « *vise à promouvoir, dans l'intérêt supérieur des enfants, leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire* ».

1273. Sans grande surprise, cette attention portée par le Défenseur des droits à la protection de l'enfance se traduit, à son tour, par de nombreux exemples de résolutions de litiges individuels. Pour n'en citer que quelques uns, on songera, notamment, à l'intervention du Défenseur des droits pour venir en aide aux parents d'élèves d'une école primaire de Haute-Garonne contestant, d'une part, la mise en place d'un « permis à points » au sein de l'établissement pour assurer la vie scolaire et, d'autre part, une disposition du règlement de l'établissement faisant état de passage des élèves devant un conseil de discipline sans que les parents soient avertis et convoqués et sans que l'enfant soit entendu. Constatant, à l'occasion de sa présence durant un conseil de l'école, que le « permis à points », dont la seule finalité consiste à mettre en évidence les aspects négatifs de la conduite des enfants, avait été instauré unilatéralement par la directrice et les enseignants, sans concertation avec les parents d'élèves et le personnel de la mairie, le délégué du Défenseur des droits a obtenu sa suppression. De plus, le terme de « conseil de discipline », qui ne saurait être employé en élémentaire, a été effacé du règlement de l'école³¹⁴⁸.

1274. Par ailleurs, le Défenseur des droits est également intervenu, à plusieurs reprises, en faveur d'enfants victimes de mauvais traitements. Un exemple en ce sens est donné par le cas de Tarik, orphelin de nationalité marocaine placé, par un acte de *kafala*, sous l'autorité parentale d'une famille française. Régulièrement mal traité au sein de sa famille d'accueil,

³¹⁴⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 61.

³¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 38.

³¹⁴⁷ *Ibid.*

³¹⁴⁸ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

celui-ci se réfugie chez un proche qui, après avoir effectué les démarches nécessaires auprès du juge des enfants, en obtient la garde. Lorsque Tarik souhaite récupérer son passeport auprès de sa première famille d'accueil en vue d'obtenir son titre de séjour, cette dernière refuse de le lui rendre. Alerté de la situation, le Défenseur des droits est intervenu auprès de la préfecture en faveur de ce jeune homme. A la suite de quoi le Préfet lui a délivré un titre de séjour de dix ans³¹⁴⁹.

1275. Au-delà de la résolution de litiges individuels, se doit, pour finir, d'être mentionnée la préoccupation affichée par le Défenseur des droits au sujet de la situation des mineurs étrangers isolés en France. En témoigne la réunion organisée sur cette question le 18 avril 2012 avec le Président de l'assemblée des départements de France et le directeur de la protection judiciaire de la jeunesse. A cette occasion, un bilan du dispositif élaboré en septembre 2011 par la protection judiciaire de la jeunesse, afin de remédier aux difficultés rencontrées par le département de Seine-Saint-Denis pour faire face à l'augmentation de mineurs étrangers isolés sur son territoire, a été présenté. Globalement positif³¹⁵⁰, ce bilan a conduit le Défenseur des droits à suggérer l'extension d'un tel dispositif à d'autres départements, le temps que l'Etat et les conseils généraux se mettent d'accord sur la mise en œuvre d'une politique globale commune d'accueil de ces enfants, fondée, comme le préconise l'association des départements de France, sur les obligations de la protection de l'enfance et de la convention internationale des droits de l'enfant. A cet effet, le Défenseur des droits a attiré l'attention du gouvernement sur la nécessité d'aborder la question des mineurs étrangers isolés dans le cadre d'un travail interministériel, associant, au côté du ministère de la justice, les ministères de la cohésion sociale, de l'intérieur et des affaires étrangères afin qu'ils participent à une réflexion commune sur ce sujet. De surcroît, le Défenseur a fait part, à la suite de la protection judiciaire de la jeunesse³¹⁵¹, de son « *inquiétude quant à la pérennité du financement par l'Etat du dispositif de transfert des mineurs de Seine-Saint-Denis vers les départements d'accueil, aucune garantie n'étant apportée au-delà du 30 juin 2012* »³¹⁵².

c. Les droits fondamentaux des étrangers

1276. Compétent pour connaître des affaires touchant à l'état civil et à la nationalité, le pôle justice du Défenseur des droits, on l'a vu, l'est également pour traiter des affaires relatives au droit des étrangers, et ce à un double titre : l'entrée sur le territoire national et le maintien sur celui-ci³¹⁵³. Ce faisant, c'est essentiellement par ce service que transitent les questions intéressant les droits fondamentaux des étrangers. Or, avec 758 dossiers ouverts par le pôle de la justice en 2011, dont 29 % consacrés aux refus de délivrance des visas et des titres de

³¹⁴⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 96.

³¹⁵⁰ Après six mois de mise en place, 132 enfants, répartis dans quinze départements proches de Paris et de la Seine-Saint-Denis, ont trouvé à bénéficier de ce dispositif.

³¹⁵¹ Le service de la protection judiciaire de la jeunesse en charge du dispositif en Seine-Saint-Denis faisait, en effet, remarquer qu'il ne pourrait pas faire face au coût de transport et d'accompagnement de ces jeunes au-delà du 30 juin prochain.

³¹⁵² Sur l'ensemble de ses questions, le lecteur pourra utilement se rendre sur le site internet du Défenseur des droits à la page [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁵³ Sur ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 76.

séjour et 36 % orientés vers les questions d'état civil ou de nationalité³¹⁵⁴, il ne fait aucun doute que la protection des droits et libertés des étrangers occupe une place importante dans l'activité du Défenseur des droits. Etant entendu que, sur le plan qualitatif, l'action de la nouvelle autorité en cette matière contribue à des avancées non négligeables. Pour s'en rendre compte, il suffit de s'intéresser aux très nombreuses interventions du Défenseur en faveur de non-nationaux en difficultés. Trois exemples, parmi d'autres, permettent d'illustrer le propos.

1277. Premièrement, le Défenseur des droits a rendu possible l'accès au droit d'asile à une mère de famille d'origine tchèque et ces deux enfants, dont l'un malade. Placée en centre de rétention administrative, la famille, en application de la convention dite Dublin II³¹⁵⁵, devait initialement être renvoyée en Pologne, pays dans lequel une demande d'asile avait été déposée. Toutefois, le Défenseur des droits, considérant qu'un retour de cette famille en Pologne serait contraire à l'intérêt supérieur et au besoin de stabilité des enfants, dans la mesure où leur père, qui n'avait pas été interpellé, n'était pas tenu de retourner en Pologne, sollicita auprès du Préfet un réexamen de la situation particulière de cette famille afin qu'elle puisse déposer une demande d'asile en France. Pour étayer sa demande, le Défenseur invoquait, par ailleurs, les travaux du Haut comité aux réfugiés et du Conseil européen pour les réfugiés et les exilés, attirant l'attention des instances européennes sur les difficultés qui s'opposent aux reconduites de demandeurs d'asile en Pologne : « *mise en détention des personnes (parfois pendant 12 mois), prise en charge sociale inadéquate voire inexistante et conditions d'accueil globales en deçà des normes minimales européennes* ». Difficultés s'exprimant avec d'autant plus de force en l'espèce que les origines tchèques de cette famille jouaient en sa défaveur sur le sol polonais. Convaincu par les arguments avancés par le Défenseur, le Préfet a finalement accepté la remise en liberté de la mère et de ses deux enfants et le dépôt d'une demande d'asile en France³¹⁵⁶.

1278. Deuxièmement, le Défenseur des droits est intervenu en faveur d'une mère de famille ne parvenant pas à obtenir de la préfecture une autorisation de regroupement familial. Mère de deux enfants âgés de 2 ans et dix mois, l'intéressée, venue rejoindre son mari en France, était restée sur le territoire français à l'expiration de son visa. Souhaitant régulariser sa situation, elle avait déposé une demande de regroupement familial et, le temps qu'il soit fait droit à sa demande, avait quitté le territoire en laissant les deux enfants à la garde de leur père. Mais la préfecture en charge du dossier rejeta la demande au motif que le père ne disposait pas d'un contrat de travail à durée indéterminée et, par conséquent, de ressources stables et suffisantes. Saisi de la question, le Défenseur des droits sollicita un réexamen bienveillant de la demande de regroupement familial auprès du Préfet en rappelant qu'aux termes de la circulaire du 17 janvier 2006 relative au regroupement familial des étrangers, la possession d'un contrat de travail à durée indéterminée n'est pas une condition nécessaire pour l'obtention d'une autorisation de regroupement familial. De plus, le Défenseur fit valoir que le très jeune âge

³¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 76-77.

³¹⁵⁵ Conseil de l'Union européenne, règlement n° 343/2003 du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

³¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 97.

des deux enfants exigeait, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la présence de leur mère à leurs côtés. Finalement, le Préfet fit droit à la demande de réexamen et accorda le regroupement un mois plus tard³¹⁵⁷.

1279. Troisièmement, le Défenseur des droits est venu en aide à un ressortissant marocain dans l'impossibilité de rentrer en France, d'un séjour au Maroc, faute de titre valide. Parti avec un passeport périmé, l'intéressé, dont la demande de renouvellement de titre de séjour, effectuée avec un retard de trois ans, était en cours d'examen en France, ne disposait que d'un récépissé de cette demande de renouvellement. Interpellé par la femme de ce ressortissant, inquiète que la situation de son mari ne mette en péril les finances de son entreprise de travaux publics, le délégué du Défenseur se tourna vers le Préfet pour lui signaler la part de responsabilité du service des étrangers de la préfecture qui n'avait pas averti l'intéressé des risques encourus à voyager sans titre de séjour. Dix jours plus tard, ce dernier était de retour en France³¹⁵⁸.

1280. S'agissant des interventions de portée plus générale, le Défenseur des droits, indépendamment de son action, déjà identifiée, en faveur du respect, par le gouvernement, de la jurisprudence de la Cour européenne *France c. Popov*³¹⁵⁹, a récemment réaffirmé, à l'occasion d'une rencontre, organisée le 17 septembre 2012, avec les responsables du collectif national droits de l'homme Romeurope, la vigilance qui est la sienne quant au respect des droits fondamentaux des « Roms ». A cet effet, Dominique Baudis a rappelé les nombreuses visites effectuées avec son adjointe en charge de la défense des enfants dans les camps, ainsi que ses impressions sur les conditions de vie précaires des personnes qui y sont installés. Il a notamment fait savoir que la situation des « Roms » soulève des problématiques particulièrement délicates, telles que les difficultés d'accès aux soins, à l'emploi et aux droits sociaux ou, encore, le respect des droits des enfants, notamment en termes d'accès à la scolarité. Faisant suite à la circulaire sur les évacuations de campements de « Roms » en date du 29 août 2012, qui se propose de lever partiellement les mesures transitoires restreignant l'accès au marché du travail des « Roms » et, surtout, de donner aux préfets un cadre relativement précis sur la façon dont les campements illégaux doivent être démantelés, cette rencontre a, par ailleurs, été l'occasion pour le représentant de l'institution de préciser qu'il se montrera particulièrement attentif quant au respect des droits fondamentaux de ces populations lors de l'évacuation de camps et à une réelle application de la nouvelle circulaire par les services de l'Etat. A ce titre, il a invité les représentants des associations à lui faire connaître toutes les situations individuelles qui justifieraient son intervention³¹⁶⁰.

³¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 96.

³¹⁵⁸ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁵⁹ A la suite de cette jurisprudence qui condamne la France en raison de la pratique consistant à placer des mineurs étrangers en centres de rétentions, le Défenseur des droits, on l'a vu, a obtenu du Premier ministre Jean-Marc Ayrault, à la suite de nombreuses interventions et recommandations, qu'aucun enfant ne sera désormais placé dans un centre de rétention.

³¹⁶⁰ Sur l'ensemble de ses questions, le lecteur pourra utilement se rendre sur le site internet du Défenseur des droits à la page [www.defenseurdesdroits.fr].

d. Les droits fondamentaux des détenus

1281. En dépit de l'existence d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la compétence du Défenseur des droits dans le domaine pénitentiaire est loin d'être réduite à néant. Au contraire, tandis que le Contrôleur général est compétent, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 30 octobre 2007, pour « *contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux* »³¹⁶¹, le Défenseur des droits, compte tenu de sa compétence de défense des droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public, est habilité à connaître de ce qui se passe à l'intérieur des lieux privatifs de liberté³¹⁶². Aussi Dominique Baudis n'a-t-il aucunement hésité à maintenir les permanences de délégués du Médiateur de la République en milieu carcéral, initialement mises en place à titre expérimental sur dix sites, à la suite d'une convention signée le 16 mai 2005 entre le Médiateur et le Garde des Sceaux, puis généralisées à l'ensemble des sites pénitentiaires que compte la France à l'occasion de l'adoption de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009³¹⁶³. Répondant au souhait de l'ancien Médiateur de la République de franchir une nouvelle étape « *dans la démarche de proximité et d'accessibilité engagée au bénéfice de toutes les catégories de la population* »³¹⁶⁴, ce dispositif a pour objectif d'ouvrir les prisons aux professionnels du droit³¹⁶⁵ et, ainsi, permettre aux détenus de bénéficier plus facilement de la protection offerte par le Défenseur des droits.

1282. S'agissant des principales interventions qui ont animé les premiers mois d'activité du Défenseur des droits dans le domaine pénitentiaire, se doit, tout d'abord, d'être mentionnée la condamnation de très nombreux manquements aux règles encadrant la procédure disciplinaire en milieu carcéral. En cette matière, le Défenseur a, par exemple, eu à connaître d'hypothèses de qualifications disciplinaires erronées à l'origine de placements disciplinaires préventifs irréguliers, de recours à la force sur la personne d'un détenu durant le trajet pour son placement en quartier disciplinaire ou, encore, de maintien d'une audience disciplinaire malgré la demande explicite du détenu, conformément à la circulaire du 9 mai 2003, que son avocat soit présent³¹⁶⁶.

1283. En dehors de la procédure disciplinaire pénitentiaire, le Défenseur des droits s'est, ensuite, saisi de la problématique de l'usage des fouilles à nu en détention. Confronté, plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, se proposant

³¹⁶¹ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *op. cit.*

³¹⁶² En ce sens, v. B. Botella et L. Fargues, « Interview de Dominique Baudis », *acteurspublics.com*, 1^{er} novembre 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.acteurspublics.com].

³¹⁶³ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *J.O.* du 25 novembre 2009, p. 20192.

³¹⁶⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 75.

³¹⁶⁵ Sur ce point, v. A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, pp. 258-259.

³¹⁶⁶ Sur ces quelques affaires, le lecteur pourra utilement se référer à Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 129.

d'encadrer le recours à cette pratique³¹⁶⁷, à la persistance de fouilles intégrales systématiques dans certains centres pénitentiaires, le Défenseur a affiché sa volonté de réaliser, « *dans le droit fil de leur convention signée le 8 novembre 2011, [...] un travail en commun avec le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, susceptible d'aboutir à des recommandations visant à prévenir l'usage abusif de la fouille intégrale* »³¹⁶⁸.

1284. Enfin, le Défenseur des droits, saisi de plusieurs réclamations en provenance de personnes incarcérées, a contribué à l'amélioration de la situation individuelle d'un certain nombre de détenus. Par exemple, le Défenseur des droits a permis de rétablir le contact entre un détenu et son fils placé en famille d'accueil par l'Aide sociale à l'enfance. En l'espèce, le détenu se plaignait, à la suite de nombreuses demandes en ce sens rejetées par le service pénitentiaire d'insertion et de probation, de ne pas avoir vu son enfant âgé de 3 ans depuis son incarcération malgré l'existence d'une ordonnance du juge des enfants lui accordant un droit de visite, sous réserve de la présence de l'Aide sociale à l'enfance. Saisie de la question, la déléguée du Défenseur constata qu'en réalité l'ordonnance n'avait pas été envoyée au service pénitentiaire d'insertion et de probation. Or, il s'agit là d'une condition préalable indispensable à la mise en œuvre du droit de visite du père. Cette omission réparée par l'avocat du plaignant, une rencontre entre le père et son fils, organisée par l'éducatrice de l'Aide sociale à l'enfance et la déléguée du Défenseur, a été rendue possible³¹⁶⁹. Dans un registre différent, le Défenseur des droits est parvenu à obtenir une exonération d'impôt pour un détenu dans l'incapacité d'honorer sa dette fiscale. Redevable d'une somme de 3078 euros auprès de l'administration fiscale, l'intéressé, incarcéré au centre pénitentiaire de Meaux Chauconin, disposait pour seuls revenus le fruit de son travail au sein du centre pénitentiaire, soit 150 euros par mois. Interpellé par le détenu lors de sa permanence, le délégué du Défenseur adressa au centre des impôts émetteur du commandement un courrier afin d'obtenir une remise gracieuse de la dette du réclamant. S'appuyant sur la décision du Conseil d'Etat du 14 décembre 2001, selon laquelle le Trésor public a la faculté d'accorder de telles remises en cas d'indigence³¹⁷⁰, le délégué a obtenu du service des impôts des particuliers concernés un dégrèvement total de la somme due y compris les pénalités³¹⁷¹.

1285. A l'image du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, le Défenseur des droits s'illustre, en définitive, en raison de sa participation active au renforcement des droits-sociaux créances et des droits fondamentaux des personnes vulnérables. Son action bénéficie, en effet, aux « *exclus de la citoyenneté, stade ultime de l'exclusion dans lequel ont sombré, en raison*

³¹⁶⁷ Aux termes l'article 57 de cette loi, « *les fouilles doivent être justifiées par la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement. Leur nature et leur fréquence sont strictement adaptées à ces nécessités et à la personnalité des personnes détenues. Les fouilles intégrales ne sont possibles que si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique sont insuffisantes. Les investigations corporelles internes sont proscrites, sauf impératif spécialement motivé. Elles ne peuvent alors être réalisées que par un médecin n'exerçant pas au sein de l'établissement pénitentiaire et requis à cet effet par l'autorité judiciaire* » (loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *op. cit.*).

³¹⁶⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 131.

³¹⁶⁹ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁷⁰ C.E., 14 décembre 2001, req. n° 220446, inédit.

³¹⁷¹ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

d'une accumulation de difficultés et de handicaps qui les écartent progressivement de notre société, les plus vulnérables de nos semblables »³¹⁷². Les premiers pas de la nouvelle institution française permettent, par ailleurs, de constater une préoccupation commune à celle de ses homologues ibériques pour la promotion des droits fondamentaux à l'échelle internationale.

B. Une préoccupation commune pour la promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale

1286. Avec pour objectif clairement affiché de faire du « *Défenseur des droits un vecteur des valeurs de la France dans le domaine des droits humains et des libertés publiques* »³¹⁷³, Dominique Baudis ne cache pas sa volonté de contribuer, à la suite des anciennes autorités indépendantes désormais regroupées, en tête desquelles le Médiateur de la République³¹⁷⁴, à la promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale. Cette compétence de défense extraterritoriale des droits et libertés ne va évidemment pas de soi. Compte tenu du principe de souveraineté étatique, les *ombudsmen* nationaux, ainsi qu'il a été souligné au sujet du Défenseur espagnol et du *Provedor* portugais, ne sauraient imposer le respect des droits fondamentaux à l'étranger. Les relations qu'ils entretiennent avec leurs homologues étrangers et avec les instances supra-étatiques les conduisent néanmoins à s'investir dans la protection internationale des droits de la personne humaine.

1287. Ainsi, le Défenseur des droits, désireux de poursuivre les partenariats et les projets mis en œuvre par les précédentes institutions, qui avaient largement investi la scène européenne et internationale, a également exprimé la volonté d'approfondir certaines de ces initiatives³¹⁷⁵. Il faut dire que la nouvelle institution française, dès l'instant où elle présente les qualités requises pour accéder au statut d'Institution nationale pour la protection et la promotion des Droits de l'homme³¹⁷⁶, tel qu'établi par la résolution n° 48/134 adoptée par l'Assemblée

³¹⁷² J. Pelletier, « L'ombudsman et la lutte contre l'exclusion », *op. cit.*

³¹⁷³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 136.

³¹⁷⁴ Dès ses premières années d'activité, le Médiateur de la République a consacré une section de son rapport annuel aux *ombudsmen* étrangers : « la fonction d'ombudsman dans le monde » dans le rapport annuel 1974 (pp. 253-264), « l'ombudsman dans le monde » dans le rapport annuel 1975 (pp. 195-206), « le médiateur et les ombudsmans » dans le rapport annuel 1976 (pp. 265-276). Par ailleurs, le rapport d'activité de l'institution pour l'année 1976 fait état de la participation d'Aimé Paquet au I^{er} Congrès international de l'*ombudsmanie* organisé à Edmonton en septembre 1976. Cela étant, c'est surtout sous les mandats de Jacques Pelletier et de Bernard Stasi que la dimension internationale du Médiateur apparaît véritablement. Tandis que le premier consacre la moitié de la section « relations publiques » de ses rapports aux « relations extérieures », le second associe les affaires internationales aux droits de l'homme et nomme un conseiller chargé de cette question (sur ces questions, v. A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémond, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 50). Sous Jean-Paul Delevoye, enfin, « les actions menées au titre des "Affaires internationales et droits de l'homme" (secteur rattaché au cabinet du Médiateur) confirment [...] que l'Europe constitue une opportunité dont se saisit l'institution pour développer son répertoire d'intervention en matière de défense des droits, comme en témoignent les relations privilégiées entretenues avec le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe » (*Ibid.*, p. 167).

³¹⁷⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 137.

³¹⁷⁶ Le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 souligne en ce sens que « le caractère constitutionnel de l'Institution comme les garanties d'indépendance qui y sont attachées lui confèrent d'ores et déjà les prérequis essentiels pour accéder à ce statut d'INDH et renforcer sa position dans les réseaux internationaux dont il est membre » (*Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 137).

générale des Nations Unies le 20 décembre 1993³¹⁷⁷, se révèle particulièrement armée pour « affirmer sa présence à l'international dans des enceintes où la position française est attendue et, souvent, entendue »³¹⁷⁸.

1288. Confirmée par la pratique, cette volonté du Défenseur des droits de promouvoir la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale se traduit, notamment, par sa participation active à la diffusion du modèle de l'ombudsman spécialisé et des valeurs de l'Etat de droit dans certaines régions du monde. En témoigne la réception par Dominique Baudis de très nombreux homologues africains souhaitant visiter l'institution française afin d'en comprendre le fonctionnement et éventuellement s'en inspirer³¹⁷⁹. Ou, encore, la participation du Défenseur des droits, au côté du Défenseur du Peuple espagnol, au programme de jumelage avec le bureau de l'Ombudsman de la République de Macédoine. Initialement confié au Médiateur de la République par la Commission européenne, ce projet, officiellement mis en place en mars 2011 pour une durée de 18 mois, « a vocation à renforcer la capacité institutionnelle de l'institution macédonienne au moyen de partage d'expériences et d'expertise afin, d'une part, de consolider et augmenter les compétences du personnel, renforcer la connaissance des citoyens à l'égard des compétences de l'Ombudsman et, d'autre part, améliorer la transparence et la responsabilité du gouvernement vis-à-vis des citoyens pour une meilleure protection des droits fondamentaux »³¹⁸⁰.

1289. Mais, en réalité, c'est essentiellement sur le terrain de la coopération avec les *ombudsmen* nationaux étrangers (1) et les instances supra-étatiques de défense des droits et libertés (2) que la fonction de promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale du Défenseur des droits trouve à s'exprimer.

1. La collaboration avec les *ombudsmen* étrangers

1290. Expressément consacrée par l'article 7-3 de la loi organique du 29 mars 2011, qui prévoit que le Défenseur des droits instruit les réclamations transmises par un homologue étranger qui lui paraissent relever de sa compétence et appeler son intervention, la collaboration de la nouvelle institution française avec les *ombudsmen* étrangers s'exprime, de façon identique au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, dans un cadre non seulement bilatéral (a), mais également multilatéral (b).

a. La coopération bilatérale

1291. Traduisant la volonté exprimée par l'institution française de nouer des liens particuliers avec certains homologues étrangers, en vue de partager son expérience et de

³¹⁷⁷ Sur ce statut d'Institution nationale pour la protection et la promotion des Droits de l'homme et ses conditions d'attribution, v. *supra*, note n° 2813.

³¹⁷⁸ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 136.

³¹⁷⁹ Pour la seule année 2011, le Défenseur des droits a reçu pour une présentation de ses services le Médiateur de la Guinée, l'Ombudsman du Burundi, le Secrétaire général du Mali, le Médiateur de la Côte d'Ivoire et le Médiateur de Djibouti (*Ibid.*, p. 138).

³¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 142.

favoriser la mise en place de projets communs dans le domaine des droits de la personne humaine, l'activité de coopération bilatérale mise en œuvre, à ce jour, par le Défenseur des droits peut être illustrée au regard de quatre exemples.

1292. En premier lieu, Dominique Baudis, dans le cadre de la Commission permanente de coopération franco-québécoise, a engagé un partenariat avec son homologue québécois, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. A cet effet, le Défenseur des droits a reçu, en septembre 2011, une délégation québécoise emmenée par le Président de ladite Commission, tandis qu'au mois de novembre de la même année c'est une délégation du Défenseur qui s'est rendue au Québec afin d'échanger sur la question des droits de l'enfant et sur l'organisation de la recevabilité des réclamations³¹⁸¹.

1293. En deuxième lieu, Dominique Baudis s'est entretenu, le vendredi 9 mars 2012, avec Monsieur Koffi Kounté, Président de la Commission nationale des droits de l'homme du Togo, en vue de lui apporter publiquement son soutien en réaction aux menaces dont celui-ci a fait l'objet à la suite de la publication, le 20 février 2012, de son rapport d'enquête sur les actes de tortures et les mauvais traitements infligés à 32 personnes accusées d'atteinte à la sûreté de l'Etat. Saluant la réactivité avec laquelle le gouvernement français a permis à l'intéressé et sa famille d'accéder à la procédure d'asile, le Défenseur des droits s'est associé à la démarche de la Commission nationale consultative des droits de l'homme française pour soutenir l'action de Monsieur Kounté et demander aux autorités togolaises le strict respect des droits de l'homme et des règles de bon fonctionnement de la justice³¹⁸².

1294. En troisième lieu, le Défenseur des droits a reçu, du 7 au 9 mars 2012, Monsieur Igli Totozani, Avocat du Peuple albanais, en vue de lui permettre de découvrir le fonctionnement et l'organisation de l'institution française. Ce dernier a exprimé le souhait d'engager une coopération étroite avec le Défenseur des droits et d'inscrire son action dans des réseaux internationaux, à l'image de l'Association des *ombudsmen* et médiateurs de la francophonie. Dominique Baudis a, pour sa part, salué l'action de son homologue Albanais, dont les priorités sont la protection des droits et libertés des populations vulnérables, la surveillance des conditions de détentions et la prévention de la torture³¹⁸³.

1295. En quatrième et dernier lieu, le Défenseur français et Monsieur Diamandouros, représentant de l'institution de l'Ombudsman européen, se sont rencontrés à Paris, le 12 janvier 2012, afin d'attirer l'attention de la Commission européenne sur la remise en cause, à l'automne 2011, du financement européen de l'aide alimentaire aux plus démunis³¹⁸⁴.

b. La coopération multilatérale

³¹⁸¹ Sur ce point, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 141.

³¹⁸² [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁸³ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³¹⁸⁴ En ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 139.

1296. Animé par la volonté de « *maintenir une présence dans l'ensemble des structures où étaient représentées les institutions précédentes* »³¹⁸⁵, le Défenseur des droits est demeuré membre des très nombreux réseaux et forums internationaux auxquels adhéraient, par le passé, le Médiateur de la République³¹⁸⁶, le Défenseur des enfants³¹⁸⁷ et la HALDE³¹⁸⁸. C'est ainsi que, dans la continuité de l'ancien Médiateur de la République, le Défenseur des droits, à l'occasion de sa première année d'activité, a pris part aux travaux de l'Association des *ombudsmen* et médiateurs de la francophonie. Elu Secrétaire général de l'Association, à l'occasion de la VII^e rencontre des membres de ce réseau international à Luxembourg, en novembre 2011, le Défenseur français a, par exemple, participé au séminaire organisé au Centre de formation et d'échanges en médiation de Rabat, en octobre 2011, sur le thème de l'accès aux services publics et de la protection des droits sociaux. En outre, Dominique Baudis, en sa qualité de Secrétaire général de l'Association, a été invité, le 13 mars 2012, à intervenir lors des journées des réseaux institutionnels de la francophonie sur la question de l'expérience française dans le développement du rôle des *ombudsmen* dans la promotion et la protection des droits fondamentaux³¹⁸⁹.

1297. Secrétaire général de l'Association des *ombudsmen* et médiateurs de la francophonie, le Défenseur des droits est également celui de l'Association des *ombudsmen* de Méditerranée³¹⁹⁰. Regroupant 28 membres du bassin méditerranéen, cette Association, créée en 2008, se fixe pour objectifs de promouvoir et de défendre la démocratie, l'Etat de droit et la paix sociale dans l'espace méditerranéen, de faire respecter les textes nationaux et internationaux relatifs aux Droits de l'Homme et de favoriser la coopération internationale avec d'autres institutions et organisations vouées à la promotion et à la défense des Droits de l'Homme³¹⁹¹. En tant que Secrétaire général, Dominique Baudis a notamment participé au séminaire sur « Les pouvoirs du Médiateur et de l'Ombudsman en matière de défense des droits de l'homme », organisé, du 13 au 15 décembre 2011, à Rabat³¹⁹². Surtout, il a pris l'initiative de réunir, les 11 et 12 juin 2012 à l'Institut du monde arabe, les membres de l'Association afin d'évoquer la problématique du renforcement du rôle des médiateurs et des *ombudsmen*. Lors de cette réunion, regroupant, entre autres, les *ombudsmen* de Palestine, d'Israël, de Jordanie, du Maroc et de l'Algérie, ont été abordées de très nombreuses questions, telles que l'éducation aux droits de l'homme, les changements politiques en cours dans les pays arabes et l'accès des groupes vulnérables aux *ombudsmen*³¹⁹³.

³¹⁸⁵ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

³¹⁸⁶ Le Médiateur de la République appartenait, entre autres, à l'Institut européen des *ombudsmen*, à l'Association des *ombudsmen* de Méditerranée, à l'Association des *ombudsmen* et médiateurs de la francophonie et à l'Institut international de l'ombudsman (en ce sens, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 137).

³¹⁸⁷ Le Défenseur des enfants était membre de l'*European Network of Ombudspersons for children* (*Ibid.*, p. 138).

³¹⁸⁸ La HALDE appartenait au réseau européen des organismes de lutte contre les discriminations (*Ibid.*).

³¹⁸⁹ Sur l'ensemble de ces questions, v. Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 138.

³¹⁹⁰ *Ibid.*

³¹⁹¹ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer aux statuts de l'Association, [en ligne]. Disponibles sur [www.ombudsman-med.org].

³¹⁹² Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 139.

³¹⁹³ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

1298. Indépendamment de sa participation aux travaux de l'Association des *ombudsmen* et médiateurs de la francophonie et de l'Association des *ombudsmen* de Méditerranée, le Défenseur des droits, à la suite de l'ancien Médiateur, a pris part au VIII^e séminaire national de l'Institut européen des *ombudsmen* qui s'est déroulé, en octobre 2011, à Copenhague sous la présidence de l'ombudsman européen³¹⁹⁴. Il a également accueilli, le 17 janvier 2012, le Bureau européen de l'Institut international des *ombudsmen*.

1299. La reprise, par le Défenseur des droits, des initiatives engagées à l'échelle internationale par ses prédécesseurs se retrouve sur le terrain de la défense des droits des enfants. En cette matière, le Défenseur s'est attaché à collaborer, dans le cadre du Réseau *European Network of Ombudspersons for Children*, avec les institutions publiques indépendantes européennes disposant d'un mandat national ou régional de défense et de promotion des droits de l'enfant. En témoigne, d'une part, la transmission par le Défenseur de son rapport sur les droits des enfants placés en institution aux membres du Réseau et, d'autre part, la présence de son adjointe en charge de la défense des enfants à la conférence annuelle et à l'assemblée générale du Réseau, organisées à Varsovie, en septembre 2011, et justement consacrées aux droits des enfants placés³¹⁹⁵.

1300. Enfin, le Défenseur des droits, dans la continuité de l'activité internationale de la HALDE, a assisté aux manifestations proposées par le Réseau européen des organismes de lutte contre les discriminations. Réunissant 37 autorités, issues de trente pays différents, en charge de la lutte contre les discriminations à l'échelle nationale, ce réseau européen a notamment organisé une réunion à Bruxelles, le 29 novembre 2011, qui a permis à Dominique Baudis et à son adjointe en charge de la lutte contre les discriminations de rencontrer leurs homologues européens et de prendre connaissance de l'actualité de l'Union européenne en matière de lutte contre les discriminations. Toujours dans le cadre du Réseau européen des organismes de lutte contre les discriminations, l'adjointe du Défenseur des droits a participé au séminaire tenu à Vienne sur le thème des « Conflits possibles entre le droit relatif à la non-discrimination et les autres droits fondamentaux »³¹⁹⁶. A cela s'ajoute la présence de Dominique Baudis à la rencontre sur le droit des discriminations, organisée, en septembre 2011, à Sarajevo, dans le cadre du *Peer-to-Peer Project* du Conseil de l'Europe³¹⁹⁷. A cette occasion, le représentant de l'institution française a pu échanger des informations avec ses homologues étrangers et se nourrir de leur expérience dans le domaine de la lutte contre les discriminations³¹⁹⁸.

1301. Soucieux de partager son expérience et de promouvoir l'effectivité des droits et libertés à l'échelle internationale, le Défenseur des droits, à l'instar des *ombudsmen* ibériques

³¹⁹⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 139.

³¹⁹⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 140.

³¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 141

³¹⁹⁷ Cofinancé par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, le *Peer-to-Peer Project*, mis en place en 2008, « a pour objectif la création et le développement d'un réseau actif de structures nationales des Droits de l'homme indépendantes et non juridictionnelles en conformité avec les Principes de Paris » (*Ibid.*, p. 139).

³¹⁹⁸ *Ibid.*

et des autorités qu'il remplace, entretient, en définitive, des rapports particulièrement étroits avec ses homologues étrangers. L'activité internationale de l'institution française en faveur des droits fondamentaux s'apprécie, de surcroît, en raison de sa collaboration avec les instances supra-étatiques de garantie des droits de l'homme.

2. La collaboration avec les organisations supra-étatiques de protection des droits de l'homme

1302. Appréhendés par Dominique Baudis comme des « *lieux d'échange d'expertises et de bonnes pratiques apportant aux juristes du Défenseur des droits un regard renouvelé sur les grands enjeux juridiques européens et d'utiles références en vue du traitement de certains dossiers ayant un caractère transnational* »³¹⁹⁹, les instances supra-étatiques de protection des droits de l'homme se présentent, à n'en pas douter, comme des partenaires privilégiés par le Défenseur des droits pour mener à bien son entreprise de promotion des droits fondamentaux à l'échelle internationale. Qu'il s'agisse des organisations à finalité générale ou des organisations à finalité sectorielle, le Défenseur des droits entretient, en effet, des liens on ne peut plus étroits avec les instances supra-étatiques intervenant dans le domaine des droits et libertés. Permettant de recueillir des informations sur les normes de droits fondamentaux en cours d'adoption à l'échelle internationale³²⁰⁰, la présence de l'institution française au sein des enceintes supra-étatiques de garantie participe, par ailleurs, et surtout, d'un processus de renforcement de cette forme de protection. C'est pourquoi une approche synthétique des relations nouées entre le Défenseur des droits et les organisations internationales de protection des droits fondamentaux apparaît souhaitable³²⁰¹.

1303. Pour ce faire, se doit, tout d'abord, d'être mentionnée la participation de l'institution française à plusieurs séminaires internationaux intéressant les droits de la personne humaine. En cette matière, il est possible de faire référence à la présence de la déléguée du Défenseur en charge de la défense des enfants à Bruxelles, le 23 novembre 2011, lors du VI^e Forum européen sur les droits de l'enfant organisé dans le cadre de l'agenda de l'Union européenne³²⁰². Ou, encore, à l'intervention de Dominique Baudis à Genève, le 26 septembre 2011, lors de la table ronde, organisée par le Haut commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, sur les actions entreprises par les *ombudsmen* nationaux en faveur de la mise en œuvre de la Résolution des Nations Unies sur le rôle des *ombudsmen* dans la défense des droits de l'homme³²⁰³.

1304. Ensuite, il convient de souligner la mise en place de projets communs au Défenseur des droits et certaines instances supra-étatiques en faveur de la protection des droits de l'homme. Plusieurs exemples permettent d'illustrer le propos, à commencer par la

³¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

³²⁰⁰ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 5.

³²⁰¹ Pour une approche exhaustive de l'action du Défenseur des droits à l'échelle internationale lors de sa première année d'activité, le lecteur pourra utilement se référer au rapport annuel de l'institution pour 2011 (*Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 136 et ss.).

³²⁰² *Ibid.*, p. 140.

³²⁰³ *Ibid.*, p. 137.

participation de l'adjointe du Défenseur des droits en charge de la défense des enfants au lancement de la nouvelle stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant. Se proposant de « *combler le décalage entre les normes théoriquement applicables aux enfants et la pratique qui s'en éloigne souvent* », cette stratégie, élaborée en novembre 2011, repose sur quatre objectifs : la promotion des services et des systèmes adaptés aux enfants, la suppression de toutes formes de violence à leur rencontre, l'encouragement de leur participation aux décisions qui les concernent à titre individuel ou collectif, la garantie des droits des enfants en situation de vulnérabilité³²⁰⁴. Toujours à l'échelle européenne, le Défenseur des droits a également initié une collaboration avec le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants lors d'une rencontre avec son Secrétaire exécutif, le 15 mars 2012, à Strasbourg³²⁰⁵. Sur le plan international, Dominique Baudis et Jean-François Trogrlic, Directeur du Bureau de l'Organisation internationale du travail pour la France, ont pris l'initiative de présenter, le 25 janvier 2012, les résultats du cinquième baromètre sur la perception des discriminations au travail réalisé par le Conseil, sondage et analyse. S'inscrivant dans la continuité de la coopération engagée, à partir de 2008, entre la HALDE et l'Organisation internationale du travail, ce sondage, réalisé sur la base d'un échantillon représentatif de plus de 1000 personnes, se propose de faire ressortir les enjeux de la lutte contre les discriminations dans le cadre du travail à travers la perception qu'en ont les salariés du privés et les agents publics, en tant que victimes ou témoins. A ce titre, « *il met en lumière les principaux critères perçus comme exposant aux comportements discriminatoires, et les comportements adoptés par les agents et salariés face à de telles situations* »³²⁰⁶. A cette occasion, l'Organisation internationale et le Défenseur ont, par ailleurs, conclu un partenariat afin de « *développer des initiatives de recherche, d'études, de formation et d'échanges dans le but d'observer, évaluer et comparer les pratiques des entreprises françaises à l'égard de la non-discrimination et de la promotion de l'égalité* »³²⁰⁷.

1305. Enfin, le Défenseur des droits est régulièrement associé aux travaux de réflexion et d'évaluation portant sur la protection des droits de l'homme engagés par l'Organisation des Nations Unies, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne³²⁰⁸. Disposant d'une compétence générale dans le champ des droits et libertés et réunissant de nombreux savoirs en cette matière, le Défenseur se présente, en effet, comme un interlocuteur incontournable pour toutes les institutions européennes et internationales en charge de veiller au respect des droits de l'homme. Aussi est-il régulièrement appelé à procéder, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, à des évaluations en matière de respect des conventions internationales de protection des droits de la personne humaine par la France³²⁰⁹. De cette manière, le Défenseur des droits renseigne les instances supra-étatiques de garantie sur les progrès qui demeurent à accomplir dans le domaine des droits et libertés et, par la même, contribue au renforcement de l'effectivité des normes de droit international adoptées en cette

³²⁰⁴ *Ibid.*, p. 140.

³²⁰⁵ *Ibid.*, p. 142.

³²⁰⁶ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³²⁰⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 149.

³²⁰⁸ *Ibid.*, p. 5.

³²⁰⁹ *Ibid.*, p. 143.

matière. De façon plus spécifique, se doit d'être rappelé le souhait formulé par le Défenseur des droits de développer des relations bilatérales avec la Cour européenne des droits de l'homme. Lors de sa rencontre avec le Président de la Cour, le 15 mars 2012, Dominique Baudis a effectivement exprimé la volonté de déposer, lorsque l'occasion se présente, des observations devant la Cour et de contribuer au suivi de l'exécution des arrêts de la Cour concernant la France. Propositions accueillies très favorablement par le Président.

1306. Se proposant de collaborer, non seulement avec les *ombudsmen* nationaux étrangers, mais également avec les instances supra-étatiques de défense des droits et libertés, le Défenseur des droits, à l'instar de ses homologues ibériques, contribue, en définitive, activement au mouvement d'internationalisation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux et, plus largement, de « mondialisation de l'Etat de droit »³²¹⁰. Présentée par l'institution elle-même comme une dimension centrale de ses activités, une telle promotion de la défense des droits de la personne humaine à l'échelle internationale, loin d'être conçue comme un trait anecdotique, se doit évidemment d'être saluée. La coopération du Défenseur des droits avec les organes étrangers et supranationaux de garantie favorise notamment, à la suite du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*, l'émergence d'un vaste réseau international susceptible d'œuvrer en faveur de l'édification d'un patrimoine commun de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux au niveau régional et mondial. Compte tenu de « l'importance des dynamiques transnationales dans la diffusion de normes et d'un discours sur les droits humains »³²¹¹, un tel réseau se révèle effectivement en mesure d'encourager, non seulement l'universalisation des droits de l'homme, mais également l'internationalisation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Les fédérations régionales et internationales d'*ombudsmen* nationaux auxquelles adhère le Défenseur des droits, en particulier, contribuent à la diffusion de l'ombudsman dans les démocraties émergentes et, par là-même, à la promotion des droits et libertés. Confirmant le caractère indispensable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, un tel engagement du Défenseur des droits en faveur de la promotion de la protection des droits de la personne humaine à l'échelle internationale se révèle d'autant plus bienvenu que l'effectivité des droits et libertés au niveau mondial n'est pas suffisamment assurée. En atteste le dispositif de garantie particulièrement équivoque que constitue le Comité des droits de l'homme³²¹². En charge de garantir la protection du Pacte relatif aux droits civils et politiques et du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comité « peut seulement émettre des "constatations", dont le sort est à la discrétion des Etats »³²¹³.

1307. Conclusion du Chapitre 2 et du Titre I. S'inscrivant dans une perspective de complémentarité de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie, l'ombudsman spécialisé participe, dans la pratique, d'un mouvement salutaire de

³²¹⁰ J. Chevallier, « La mondialisation de l'Etat de droit », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, op. cit., p. 325.

³²¹¹ A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, op. cit., p. 17.

³²¹² En ce sens, v. J. Chevallier, « La mondialisation de l'Etat de droit », op. cit., p. 328.

³²¹³ V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, op. cit., p. 398.

consolidation des droits fondamentaux, en tête desquels les droits-sociaux créances et les droits des publics dits fragiles. De nature à confirmer le caractère indispensable de cette forme de protection non juridictionnelle, un tel mouvement de consolidation des droits et libertés ne s'exprime toutefois pas dans les mêmes termes en France et de l'autre côté des Pyrénées.

1308. Tandis que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se trouvent à l'origine d'importantes avancées dans le domaine des droits fondamentaux et, à ce titre, peuvent se prévaloir d'une réussite incontestable, le Défenseur des droits, compte tenu des insuffisances qui sont les siennes et des interrogations soulevées par la spécificité de son processus de création, ne saurait proposer, en l'état actuel du droit positif, une protection aussi aboutie que celle offerte par ses homologues espagnol et portugais.

1309. Bien entendu, un examen concret des premiers mois d'activité du Défenseur des droits offre à constater que l'apport de l'institution nouvellement mise en place aux droits et libertés est loin d'être totalement nul. Contribuant, à l'instar des *ombudsmen* ibériques, non seulement au renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale, mais également à la promotion de ces mêmes droits à l'échelle internationale, le Défenseur français favorise également des avancées appréciables dans le domaine des droits fondamentaux.

1310. La consolidation des droits fondamentaux qui en résulte n'en demeure pas moins plus mesurée qu'au sein de la péninsule ibérique, illustration de l'idée selon laquelle cette forme de garantie demeure, en dépit de son caractère indispensable, relative. Relativité accentuée, de l'autre côté des Pyrénées et, surtout, en France, en raison de la perfectibilité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux offerte par l'ombudsman spécialisé.

TITRE II

UNE CONSOLIDATION DES DROITS FONDAMENTAUX PERFECTIBLE

1311. Favorisant l'émergence d'un système institutionnel de protection des droits fondamentaux complet, l'*human rights ombudsman*, en dépit de sa capacité à pallier l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie, n'en demeure pas moins affecté d'un certain nombre de carences. Pères fondateurs de l'institution, l'Espagne et le Portugal n'échappent pas à la règle. Bien entendu, l'affirmation peut, de prime abord, surprendre quelque peu. A s'en tenir aux importantes avancées rendues possibles par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* dans le domaine des droits fondamentaux, militer en faveur d'un perfectionnement du modèle ibérique de l'ombudsman peut effectivement dérouter. On se doit toutefois de constater que, nonobstant un succès évident, l'action des *ombudsmen* espagnol et portugais est susceptible de gagner en efficacité.

1312. Loin de remettre en cause la réussite de la protection offerte jusqu'à présent par le Défenseur des droits et, surtout, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, l'ombudsman spécialisé souffre, en effet, d'imperfections diverses et variées susceptibles de desservir sa fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine. Or, de telles imperfections, compte tenu du caractère indispensable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, gagneraient, de toute évidence, à être corrigées. A ce titre, il est possible d'opérer une distinction entre, d'un côté, des voies de perfectionnement communes aux modèles ibérique et français de l'ombudsman spécialisé (Chapitre 1) et, d'un autre côté, des voies de perfectionnement propres à chaque modèle considéré (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Des voies de perfectionnement communes aux modèles ibérique et français de l’ombudsman spécialisé

1313. Dans la mesure où le Défenseur des droits, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* peuvent tous les trois être rattachés à la catégorie des *human rights ombudsmen*, l’identification de voies de perfectionnement communes au modèle ibérique et au modèle français de l’ombudsman ne saurait véritablement surprendre. Tandis que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se présentent, pour ainsi dire, comme des jumeaux, le Défenseur des droits, en dépit d’une configuration institutionnelle sensiblement différente de celle de ses homologues espagnol et portugais, demeure, on le rappelle, expressément inspiré du modèle ibérique de l’ombudsman. Dans ces conditions, il apparaît somme toute logique que les trois institutions objets de l’étude partagent un certain nombre d’imperfections. De nature à étayer la thèse selon laquelle l’*human rights ombudsman* ne saurait combler l’ensemble des lacunes affectant les traditionnelles voies de contrôle, de telles insuffisances sont essentiellement de deux ordres : aux insuffisances inhérentes aux modèles ibérique et français de l’ombudsman (Section 1) se greffent des insuffisances d’ordre conjoncturel étrangères à l’institution (Section 2).

Section 1 – L’identification d’insuffisances inhérentes à l’institution

1314. Susceptibles de nuire à l’effectivité de la protection offerte par l’institution, les lacunes intrinsèques aux modèles ibérique et français de l’ombudsman peuvent être regroupées en deux catégories : à une première limite tenant au caractère non contraignant de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux (§ 1), s’ajoute une seconde insuffisance résidant dans l’absence d’effet suspensif de la saisine de l’ombudsman sur les délais de recours administratifs et contentieux (§ 2).

§ 1. L’absence de pouvoir de contrainte

1315. De portée essentiellement persuasive et incitative, les prérogatives attribuées à l’*human rights ombudsman*, si elles présentent l’avantage de préserver l’autonomie de la volonté et, par conséquent, de favoriser l’émergence de solutions revêtues de la qualité de la chose acceptée et d’une pérennité certaine³²¹⁴, emportent, en contrepartie, le risque d’une prise en considération aléatoire des propositions formulées par cette autorité non juridictionnelle (A). Or, sauf à dénaturer profondément l’institution de l’ombudsman, cette insuffisance, commune à l’ensemble des pays s’étant dotés d’une telle autorité, hormis peut-être l’Irlande du Nord³²¹⁵, se révèle difficilement surmontable (B).

³²¹⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 839 et ss.

³²¹⁵ Le professeur Victor Moore rapporte, en effet, qu’en Irlande du nord les conclusions de l’ombudsman peuvent, à la demande du plaignant, être rendues exécutoires (« Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 628).

A. Une insuffisance préjudiciable à la prise en compte des solutions proposées par l'institution

1316. Inhérente à la nature de la protection offerte par l'ombudsman, l'absence de pouvoirs de contrainte, en tant qu'elle laisse aux destinataires des propositions formulées par l'institution la liberté de ne pas s'y conformer, se présente comme une entrave potentielle à l'effectivité de cette forme de garantie régulièrement pointée du doigt par la doctrine³²¹⁶. Conditionnées dans leur effectivité par la volonté des débiteurs des droits fondamentaux de s'y soumettre, et ce quelque soit le pays considéré, les solutions avancées par l'ombudsman spécialisé courent, en effet, le risque permanent de demeurer lettre morte. Il suffit pour le représentant de l'institution de se trouver confronté à un interlocuteur récalcitrant pour que son action en faveur des droits de la personne humaine soit réduite à néant³²¹⁷.

1317. Evidemment, le propos se doit d'être nuancé dans la mesure où, hormis l'obligation généralement faite aux pouvoirs publics de collaborer avec l'ombudsman³²¹⁸, la position institutionnelle et l'autorité dont jouit l'ombudsman génèrent chez la plupart des destinataires de ses recommandations un sentiment d'obligation de s'y conformer. Sans oublier la palette de mécanismes incitatifs mis à la disposition de l'institution en vue de susciter l'adhésion des débiteurs des droits fondamentaux. Tel que démontré précédemment, la menace d'une éventuelle saisine de la juridiction constitutionnelle, la faculté du Défenseur des droits d'adresser des injonctions en cas d'inertie de ses interlocuteurs et, surtout, la possibilité de porter à la connaissance du public les hypothèses de refus de collaboration des pouvoirs publics sont autant de dispositifs permettant à l'*human rights ombudsman* d'inciter les débiteurs des droits fondamentaux à prendre en considération ses recommandations.

1318. Il n'empêche que, malgré l'existence de tels dispositifs, les solutions proposées par l'ombudsman, en tant qu'elles ne disposent ni de l'autorité de la chose jugée, ni de l'autorité de la chose décidée, ne recueillent pas toujours l'adhésion de leurs destinataires. C'est évidemment là le propre des recommandations ! Leur observance étant laissée à la libre appréciation de leurs destinataires, celles-ci supposent la possibilité de ne pas être suivies d'effet. Leur concrétisation est d'autant plus aléatoire que l'autorité de l'ombudsman demeure

³²¹⁶ En ce sens, v. entre autres : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, op. cit., p. 239 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 174 ; B. Delaunay, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », op. cit., p. 228 ; L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, op. cit., pp. 293 et ss. ; M. Eduarda Ferraz, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, op. cit., pp. 33 et ss. ; M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op. cit., p. 123.

³²¹⁷ Sur ce point, v. M.J. Corchete Martín, op. cit., p. 174.

³²¹⁸ Tel qu'il a déjà été souligné, cette obligation se retrouve en France et de l'autre côté des Pyrénées. Ainsi, en France, l'article 18 de la loi organique prévoit que les personnes physiques ou morales mises en cause doivent faciliter l'accomplissement de la mission du Défenseur des droits. A ce titre, elles sont tenues d'autoriser leurs agents et préposés à répondre à ses demandes. En Espagne, l'article 19-1 de la loi organique du 6 avril 1981 prévoit que les pouvoirs publics sont tenus de coopérer, de façon prioritaire et urgente, avec le Défenseur du Peuple dans le cadre de ses enquêtes et inspections. Au Portugal, l'article 23-4 de la Constitution affirme : « *Les organes et les agents de l'administration publique collaborent avec le Provedor de Justiça pour la réalisation de sa mission* ».

une propriété fluctuante, susceptible de varier en fonction de divers éléments, en tête desquels la personnalité du représentant de l'institution³²¹⁹ et la qualité des destinataires des recommandations adressées par celui-ci. Car, comme l'écrivent très justement Robert-Vincent Joule et Jean-Léon Beauvois : « *Argumenter relève d'un art difficile et ne séduit pas qui veut* »³²²⁰.

1319. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater, à la lecture des rapports annuels d'activité des *ombudsmen* ibériques, l'existence d'un certain nombre de recommandations ignorées par les pouvoirs publics³²²¹. En cette matière, les statistiques parlent d'elles mêmes. Le dernier rapport annuel d'activité du Défenseur du Peuple, par exemple, déplore, pour l'année 2011, un pourcentage de 29,17% recommandations et 30,47% suggestions adressées par l'institution non suivies d'effet³²²². Et un constat similaire peut être dressé en France. Si le premier rapport annuel d'activité du Défenseur des droits demeure silencieux quant au taux d'interventions réussies par l'institution, les rapports d'activités des autorités regroupées au sein de la nouvelle structure relatent, pour leur part, de très nombreuses hypothèses de recommandations non suivies d'effet. Relativement faible s'agissant du Médiateur de la République, dont les rapports d'activité pour 2007 et 2008 font respectivement état d'un taux de médiations réussies de 83% et 84%³²²³, le pourcentage de recommandations demeurées lettre morte se révèle, en revanche, particulièrement élevé en ce qui concerne la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Son rapport d'activité de 2009, par exemple, indique que sur un total de 550 recommandations générales, seules 392 ont été effectivement suivies, tandis que sur les 261 recommandations individuelles adoptées, seulement 172 ont fait l'objet d'un accueil favorable³²²⁴. C'est toutefois la Commission nationale de déontologie de la sécurité qui enregistre le plus faible pourcentage de recommandations effectivement réceptionnées. Régulièrement pointé du doigt³²²⁵, ce déficit d'effectivité des recommandations adressées par l'ancienne autorité indépendante transparaît très clairement à la lecture de son rapport d'activité pour l'année 2010. Ce dernier relate un taux de 45% de recommandations de portée individuelle et de 65% de recommandations de portée générale suivies d'effet³²²⁶.

³²¹⁹ Sur l'influence jouée par la personnalité du représentant de l'institution sur l'autorité de l'ombudsman, v. not. : L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 296 ; H. Nascimento Rodrigues, « A função preventiva, personalizadora e inovadora do Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 79.

³²²⁰ Cité par L. Bellenger, *La force de persuasion. Du bon usage des moyens de persuader et de convaincre*, *op. cit.*, p. 34.

³²²¹ En ce sens, v. par ex. A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 81.

³²²² Defensor del Pueblo, *Informe anual 2011 y debates en las Cortes Generales*, Cortes Generales, Madrid, 2012, p. 79.

³²²³ Sur ce point, v. *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 10.

³²²⁴ Rapporté par D. Borillo et V.-A. Chappe, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *op. cit.*, p. 375.

³²²⁵ En ce sens, v. par ex. : F. Johannès, « CNDS : derniers coups de canif avant disparition », *Le Monde*. Fr, 19 mai 2010, [en ligne]. Disponible sur [<http://libertes.blog.lemonde.fr>] ; F. Ocqueteau et S. Enderlin, « La Commission nationale de déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *op. cit.*, p. 392.

³²²⁶ C.N.D.S., *Rapport 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, *op. cit.*, p. 17.

1320. Bien entendu, on est en droit d'espérer que les moyens d'action renforcés dont jouit le Défenseur des droits, associés à son statut constitutionnel et au gain de visibilité et de notoriété en résultant, permettront une meilleure prise en considération de ses recommandations. Et ce justement en ce qui concerne le domaine de la déontologie de la sécurité³²²⁷, dans la mesure où, par le passé, le faible taux de recommandations réceptionnées par les pouvoirs publics en cette matière se trouvait intimement lié au déficit de notoriété et au manque de moyens humains et financiers dont jouissaient la Commission nationale de déontologie de la sécurité³²²⁸. Pour autant, il faut se garder de croire que l'institution française offre des perspectives supérieures à ses voisins ibériques. Inhérent à la nature du contrôle opéré par l'ombudsman, le risque d'inertie des destinataires des recommandations adressées par l'institution se révèle, en réalité, d'autant plus prononcé en France que le mode de nomination du représentant de l'institution, on l'a vu, laisse craindre à son instrumentalisation.

1321. S'exprimant avec une acuité particulière lorsque sont en jeu les finances publiques³²²⁹, cette réticence des débiteurs des droits fondamentaux à se conformer aux solutions proposées par l'ombudsman, commune à l'ensemble des pays qui ont réceptionné l'institution³²³⁰, est susceptible de prendre différentes formes.

1322. Dans le meilleur des cas, il s'agit seulement de retard de la part des pouvoirs publics pour répondre aux recommandations adressées par l'ombudsman. Les premiers rapports annuels du Défenseur du Peuple relatent de nombreux exemples en ce sens. Une illustration éclatante est notamment offerte par la résolution de la plainte n° 2554/83 enregistrée par le Défenseur espagnol à l'occasion de sa première année d'activité. En l'espèce, il s'agissait d'une personne de 22 ans qui, à la suite de son inscription dans un centre de formation professionnelle, avait demandé à bénéficier, au titre de la recherche de premier emploi, du fonds spécial de protection contre le chômage. Accueillie favorablement, sa demande se trouvait toutefois à l'origine d'une erreur de traitement de la part de l'administration. Le service en charge du dossier, considérant que le demandeur n'était âgé que de 16 ans, ne lui avait accordé que 24 000 pesetas au lieu de 64 000 pesetas. Saisi de la question, le Défenseur du Peuple adressa une première recommandation à l'administration afin qu'elle corrige son erreur. En vain toutefois, le service concerné s'abstenant de répondre. Confronté à un tel silence, le Défenseur réitéra sa demande qui, cette fois-ci, fit l'objet d'un accueil favorable,

³²²⁷ A l'occasion de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat, dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, Dominique Baudis affirmait, à ce titre, que « *dans le dispositif actuel, la CNDS aura davantage de pouvoir, et de moyens de se faire entendre* » (Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*).

³²²⁸ En ce sens, v. E. Fils, « La CNDS est-elle soluble dans le Défenseur des droits », *J.C.P. G.*, 2009, n° 49, II, p. 8.

³²²⁹ C'est évidemment là un obstacle de taille à l'effectivité de l'action de l'*human rights ombudsman* en faveur de la concrétisation des droits-sociaux créances (sur ce point, v. *infra*, n° 1346 et ss.).

³²³⁰ On retrouve, par exemple, cette problématique en Grande-Bretagne. Pour la session 2004/2005, seulement 54% des solutions proposées par le Commissaire parlementaire pour l'administration britannique ont fait l'objet d'une application conforme par l'administration concernée (rapporté par V. Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 370).

l'administration s'engageant à verser 39 216 pesetas supplémentaires à l'intéressé³²³¹. Cette illustration, parmi d'autres, témoigne des difficultés parfois rencontrées par l'ombudsman pour obtenir une réponse de la part des destinataires de ses recommandations. Et le phénomène, loin de s'essouffler, persiste toujours à l'heure actuelle. Pour la seule année 2008, le rapport d'activité du Défenseur du Peuple fait état d'un nombre particulièrement inquiétant de services administratifs n'ayant toujours pas répondu aux sollicitations de l'institution malgré trois mises en demeure³²³².

1323. Mais, à la vérité, c'est là peu de choses en comparaison aux refus purs et simples de la part des débiteurs des droits fondamentaux de se conformer aux solutions proposées par l'ombudsman. En cette matière, les rapports d'activité des *ombudsmen* ibériques relatent de très nombreuses hypothèses de recommandations rejetées par les pouvoirs publics. Pour ne citer que quelques exemples, extraits des derniers rapports des deux institutions³²³³, ont été rejetées, au Portugal, la recommandation n° 1/B/2010³²³⁴, consistant dans la suppression des restrictions procédurales à l'exercice du droit de pétition par les militaires prévues par la loi du 13 juillet 1995 de défense nationale³²³⁵, ainsi que la recommandation n° 11/A/2010³²³⁶, suggérant à l'hôpital de Santarém, à la suite de la résiliation illégale du contrat qui le liait avec un médecin, d'assumer ses obligations contractuelles, c'est-à-dire la réintégration du médecin et le paiement des salaires qu'il aurait dû percevoir entre son licenciement et sa réintégration. En Espagne, n'ont pas été suivies d'effet : la recommandation n° 66/2010 visant à ce que, dans le cadre des demandes de protection internationale vis-à-vis desquelles le Haut commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a rendu un avis favorable, soit mis en place un protocole permettant la transmission d'un tel avis aux autorités de police en charge de l'instruction et de l'exécution de la mesure d'expulsion en vue de leur permettre un temps de réflexion avant la mise en œuvre d'une telle mesure³²³⁷ ; la recommandation n° 4/2009 en faveur de l'application de la prestation d'assistance sociale post-pénitentiaire aux espagnols ayant accompli leur peine dans un Etat étranger dans les mêmes conditions que les détenus qui ont effectué leur peine en Espagne³²³⁸ ; ou, encore, la recommandation adressée en 2011 au ministre de la santé, de la politique sociale et de l'égalité aux fins d'entourer les mesures

³²³¹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, op. cit., p. 63.

³²³² Defensor del Pueblo, *Informe anual 2008 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 113 et ss.

³²³³ Il est évidemment impossible de proposer une énumération exhaustive des recommandations du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* non suivies d'effet. Pour une approche approfondie de la question, à tout le moins en Espagne, le lecteur pourra utilement se référer à la rubrique des rapports annuels du Défenseur du Peuple intitulée « Recomendaciones rechazadas ».

³²³⁴ Recommandation n° 1/B/2010 du 3 février 2010, in *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República 2010*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2011, p. 97.

³²³⁵ Loi n° 19-95 de défense nationale du 13 juillet 1995 approuvée par la loi organique n° 1-B-2009 du 7 juillet 1995, *D.R.* série I du 20 juillet 2009, p. 4541.

³²³⁶ Recommandation n° 11/A/2010 du 17 septembre 2010, in *Provedor de Justiça, Relatório à Assembleia da República 2011*, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2012, p. 107.

³²³⁷ Recommandation n° 66/2010 du 20 juillet 2010, in *Defensor del Pueblo, Recomendaciones y sugerencias 2010*, Madrid, 2011, p. 279 et *Informe anual 2010 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2011, p. 1301.

³²³⁸ Recommandation n° 4/2009 du 20 janvier 2009, in *Defensor del Pueblo, Recomendaciones y sugerencias 2009*, Madrid, 2010, p. 39 et *Informe anual 2009 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., p. 1515.

d'internements non volontaires pour raisons psychiatriques, à l'origine d'une privation totale de liberté, d'une couverture adéquate et de règles de rang normatif suffisant³²³⁹.

1324. Ainsi conditionnée dans leur effectivité par la volonté des débiteurs des droits fondamentaux de s'y conformer, les solutions avancées par l'ombudsman spécialisé, eu égard à l'absence de pouvoirs contraignants de l'institution, courent en permanence le risque de demeurer lettre morte. A l'évidence, réside ici une limite de taille de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de nature à confirmer l'idée selon laquelle le contrôle exercé par l'*human rights ombudsman* ne saurait remplacer le contrôle juridictionnel. Bien entendu, il convient de constater, avec le professeur Álvaro Gil-Robles, que, « *parmi les cas où l'administration n'a pas accepté les recommandations ou suggestions du Défenseur du Peuple, nombreux sont ceux qui, par la suite, ont fait l'objet de résolutions favorables au plaignant de la part des tribunaux administratifs, utilisant pour cela expressément la référence à la recommandation et aux arguments utilisés par le Défenseur du Peuple* »³²⁴⁰. La réception *stricto sensu* des solutions proposées par l'*human rights ombudsman* n'en demeure pas moins très aléatoire. Or, il s'agit là d'une insuffisance inhérente à la nature de l'institution difficilement surmontable.

B. Une insuffisance difficilement surmontable

1325. Fermement condamnée par le Défenseur du Peuple³²⁴¹, à l'origine d'une note du *Provedor de Justiça* visant à rappeler l'obligation de collaboration des pouvoirs publics avec l'institution³²⁴², la réticence parfois exprimée par les débiteurs des droits fondamentaux à se conformer aux solutions proposées par l'ombudsman se présente, de toute évidence, comme une problématique, si ce n'est insoluble, particulièrement délicate à résoudre. Talon d'Achille de l'institution, le risque que ses recommandations ne soient pas suivies d'effet, conséquence directe du caractère non contraignant de cette forme de protection, ne saurait, en effet, être véritablement surmontée, sauf à confier à l'ombudsman des pouvoirs de sanction. Suggérée par certains auteurs³²⁴³, une telle solution n'est cependant guère souhaitable dès lors que l'octroi de moyens coercitifs conduirait à une dénaturation de la protection non juridictionnelle difficilement compatible avec sa raison d'être (1). En revanche, des solutions alternatives, consistant à donner plus de poids aux recommandations adressées par l'institution, se révèlent envisageables (2).

³²³⁹ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2011 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., pp. 799-800.

³²⁴⁰ Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties institutionnelles », op. cit., p. 485.

³²⁴¹ Confronté à la persistance d'attitudes hostiles de la part de certains services administratifs, réticents à collaborer, le Défenseur du Peuple, à travers plusieurs de ses rapports d'activité, fait état de comportements peu respectueux des principes démocratiques consacrés par la Constitution (sur ce point, v. par ex. : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1987*, op. cit., p. 7).

³²⁴² Cette note est annexée au rapport d'activité de l'institution pour l'année 1976 (*Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, op. cit., p. 13).

³²⁴³ C'est, par exemple ce que laisse sous-entendre le professeur Hélène Pauliat lorsqu'elle affirme à travers son étude consacrée à la place du Défenseur des droits dans le concert européen : « *L'absence de pouvoir de sanction est cependant problématique. Comme dans la plupart des pays européens, il peut attirer l'attention sur la nécessité de faire évoluer les textes législatifs et réglementaires* » (« Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », op. cit., p. 77).

1. L'octroi de moyens coercitifs, une solution incompatible avec la raison d'être de l'institution

1326. Conçu pour compléter les mécanismes classiques de garantie, en tête desquels le juge, l'ombudsman spécialisé ne saurait être pleinement à même de satisfaire à cette exigence si on lui accordait la possibilité de contraindre les débiteurs des droits fondamentaux³²⁴⁴. Car, c'est justement parce qu'il poursuit une finalité de direction non autoritaire des conduites que celui-ci peut prétendre inscrire son action en complémentarité de la protection offerte par le juge. Qu'il s'agisse de son haut degré de réactivité, de sa capacité à régler des litiges résistibles au juge ou, encore, de son aptitude à proposer des solutions revêtues d'une pérennité certaine une fois acceptées par leurs destinataires, l'ombudsman le doit, dans une importante mesure, au caractère non contraignant de ses modalités d'interventions.

1327. C'est pourquoi la solution consistant à lui attribuer des pouvoirs de contrainte, dans le but de remédier aux hypothèses d'inertie des débiteurs des droits fondamentaux, se doit d'être exclue. De telles prérogatives conduiraient l'institution à concurrencer le contrôle juridictionnel et non plus à le compléter. En somme à faire double emploi avec le juge. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrivait le Garde des Sceaux René Pleven lorsqu'il affirmait, lors de l'introduction du Médiateur de la République au sein du système institutionnel français, que donner au Médiateur « *le pouvoir d'imposer ses décisions à l'administration et au gouvernement, ce serait en faire très vite une nouvelle juridiction administrative [...]* »³²⁴⁵.

1328. Inhérent à la nature de l'institution, le caractère non contraignant de la protection offerte par l'ombudsman, bien que difficilement surmontable, ne saurait évidemment signifier que l'ombudsman, lorsqu'il se trouve confronté au refus de ses interlocuteurs d'obtempérer, doit demeurer inactif. Peu compatible avec sa mission constitutionnelle de défense des droits de la personne humaine³²⁴⁶, une telle attitude engendrerait, de surcroît, un affaiblissement de son autorité. En réalité, s'il n'est guère envisageable de confier des moyens coercitifs à l'ombudsman, le recours à des solutions alternatives, de nature à favoriser une meilleure prise en considération de ses recommandations, est, en revanche, tout à fait envisageable.

2. Le recours envisageable à des solutions alternatives

1329. Tel que souligné précédemment, l'*human rights ombudsman* n'est pas totalement dépourvu de moyens d'action en présence d'interlocuteurs récalcitrants. Hormis la palette de moyens extra-juridiques mis à sa disposition en vue d'inciter les destinataires de ses recommandations à s'y conformer, il peut trouver un relais non négligeable dans les autres mécanismes de garantie des droits fondamentaux. On songera évidemment au juge, dont la faculté à adopter des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée et s'imposant à leurs

³²⁴⁴ En ce sens, v. par ex. : A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano politico-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 82 ; L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 295.

³²⁴⁵ Cité par B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, *op. cit.*, p. 680.

³²⁴⁶ En ce sens, v. en part. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1987*, *op. cit.*, p. 7

destinataires offre à l'ombudsman une alternative appréciable lorsque ses prérogatives non-contentieuses se révèlent inefficaces, mais également à l'organe parlementaire. Par le prisme de ses rapports d'activités, notamment, l'ombudsman est effectivement en mesure de porter à la connaissance du Parlement les hypothèses d'inertie de l'administration afin que celui-ci y mette un terme par le biais de ses prérogatives de contrôle de l'action de l'exécutif. Indépendamment du relais que constitue le recours aux autres mécanismes de garantie, deux alternatives s'offrent à l'ombudsman en vue de donner davantage de poids aux recommandations qu'il adopte : le renforcement, d'une part, de son autorité par le recours à la publicité (a), d'autre part, de son indépendance (b).

a. Le renforcement de l'autorité de l'institution par le recours à la publicité

1330. Dans la mesure où la force de l'institution réside dans son autorité³²⁴⁷, le renforcement de cette propriété est susceptible d'influer positivement sur le taux d'interventions réussies³²⁴⁸. Pour ce faire, la publicité de son action apparaît essentielle. La doctrine est, d'ailleurs, unanime sur ce point : le renforcement de l'autorité de l'ombudsman repose, au premier chef, sur la diffusion des opinions émises par son représentant au moyen de l'arme médiatique³²⁴⁹. Favorisant une meilleure connaissance de l'institution par les citoyens³²⁵⁰, la publicité se présente, en effet, comme l'une des solutions à privilégier par l'ombudsman en vue de donner davantage de poids à ses recommandations et, ce faisant, inciter leurs destinataires, soucieux de préserver une bonne image auprès de l'opinion publique, à s'y conformer.

1331. A ce titre, certains auteurs espagnols, convaincus de l'existence d'un lien étroit entre le déficit de médiatisation des solutions avancées par le Défenseur du Peuple et le refus parfois exprimé par les débiteurs des droits fondamentaux de s'y soumettre, suggèrent la publication des recommandations adoptées par l'institution au Bulletin officiel des Cortès Générales et non pas seulement au sein de ses rapports annuels³²⁵¹. Dans un sens plus radical, le professeur Antonio Colomer Viadel préconise, outre une diffusion plus massive des rapports d'activité

³²⁴⁷ Sur ce point, v. not. V. Zapatero Gómez, *in Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 124-125.

³²⁴⁸ Comme le fait remarquer Lauri Lehtimaja, ancien Ombudsman finlandais, « *le métier de l'Ombudsman est incontestablement plus facile dans les sociétés où l'autorité de l'institution est déjà bien assise. Dans les pays nordiques, les Ombudsmans parlementaires sont largement reconnus par les citoyens et par l'administration publique. Les organismes publics seraient peu avisés de contester les avis et recommandations de l'Ombudsman. Une telle attitude ternirait leur image. L'état d'esprit peut être qualifié de coopératif* » (« Le Médiateur et son action en faveur de la protection des citoyens », *op. cit.*, p. 16).

³²⁴⁹ L. Aguiar de Luque, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 57 ; A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 77 ; L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 296 ; V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, pp. 51, 54 et 486 ; D. Freitas Do Amaral, « Limites jurídicos, políticos e éticos da atuação do "ombudsman" », *op. cit.*, p. 42.

³²⁵⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 1383 et ss.

³²⁵¹ En ce sens, v. not. : Á. Gil Robles, *in Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, *op. cit.*, p. 76 ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 63.

du Défenseur espagnol³²⁵², une modification de la loi organique du 6 avril 1981 dans le but de rendre systématique la publication du nom des fonctionnaires coupables d'inertie, d'entrave ou de résistance au travail accompli par l'institution³²⁵³. Etant entendu qu'en l'état actuel du droit positif la loi organique laisse au Défenseur du Peuple la liberté de déterminer la conduite à adopter en présence d'une attitude hostile de la part d'un fonctionnaire³²⁵⁴.

1332. Essentielle, la médiatisation de l'action de l'ombudsman, dans une perspective de renforcement de son autorité, ne saurait pour autant suffire. L'indépendance de l'institution, spécialement à l'égard du monde politique³²⁵⁵, joue également un rôle déterminant.

b. Le renforcement de l'indépendance de l'institution

1333. Dès lors que l'indépendance de l'ombudsman constitue le préalable indispensable au succès de ses interventions, le renforcement d'une telle qualité se présente, à n'en pas douter, comme un facteur susceptible de contribuer à une meilleure prise en considération des recommandations adressées par l'institution.

1334. A l'évidence, il s'agit là une raison suffisante en faveur de l'alignement du mode de nomination du Défenseur des droits sur celui du modèle ibérique de l'ombudsman³²⁵⁶, le système actuellement en vigueur laissant craindre, on l'a vu, à une instrumentalisation de son représentant par le chef de l'Etat.

1335. Cette exigence d'indépendance de l'*human rights ombudsman* à l'égard du politique, en tant que facteur d'affermissement de son autorité, justifierait, par ailleurs, l'exclusion du *Provedor de Justiça* du Conseil d'Etat. Résultant de la révision constitutionnelle du 30 septembre 1982³²⁵⁷, l'intégration de l'ombudsman portugais au sein de cet organe de conseil du Président de la République, à l'origine d'un véritable consensus parmi la classe politique³²⁵⁸, n'a, dans un premier temps, guère suscité de réactions quant à une éventuelle perte d'indépendance de l'institution³²⁵⁹. Au contraire, sa présence au sein du Conseil d'Etat est apparue comme une évidence pour les parlementaires. Organe de défense des droits fondamentaux disposant d'une connaissance approfondie du fonctionnement du pouvoir

³²⁵² Antonio Colomer Viadel déplore, en effet, que le Défenseur du Peuple publie seulement 1800 exemplaires de son rapport d'activité chaque année tandis que la publication des rapports de son homologue suédois se chiffre à hauteur de 750 000 exemplaires par an pour un total de 8 millions d'habitants (« El Defensor del Pueblo : un órgano politico-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 76).

³²⁵³ *Ibid.*, p. 77.

³²⁵⁴ L'article 24-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple dispose, en effet, que « la continuité d'une attitude hostile ou entravant l'enquête du Défenseur, de la part d'un organisme, de fonctionnaires, chefs ou personnes au service de l'Administration publique, pourra faire l'objet d'un rapport spécial et être indiquée dans la section correspondante du rapport annuel de l'institution ».

³²⁵⁵ En ce sens, v. V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 50.

³²⁵⁶ Sur la nécessaire réformation du système actuel de nomination du Défenseur des droits, v. *infra*, n° 1481 et ss.

³²⁵⁷ Loi constitutionnelle n° 1-82 du 30 septembre 1982, *op. cit.*

³²⁵⁸ L'unique voix qui s'est élevée contre la présence du *Provedor de Justiça* au sein du Conseil d'Etat semble être celle du député Monteiro Taborda (en ce sens, v. *D.A.R.* du 6 janvier 1982, p. 23).

³²⁵⁹ En ce sens, v. T. Duarte, « O Provedor de Justiça e o Conselho de Estado », *op. cit.*, p. 91.

exécutif et du pouvoir législatif, le *Provedor de Justiça* se devait, en effet, dans l'esprit du constituant, d'être érigé en conseil du chef de l'Etat³²⁶⁰.

1336. Mais, par la suite, cette conception initiale a progressivement fait l'objet de remises en cause. C'est ainsi qu'à l'occasion de la révision constitutionnelle de 1989, le Parti du centre démocratique et social proposa, sans succès, l'exclusion du *Provedor de Justiça* du Conseil d'Etat³²⁶¹. Surtout, des voix se sont élevées au sein de la doctrine pour dénoncer le risque de politisation de l'institution et de son représentant. Certains auteurs, à l'instar des professeurs Luís Lingnau da Silveira et José Carlos Vieira de Andrade, estimant que la présence du *Provedor de Justiça* au sein du Conseil d'Etat, instance compétente pour connaître de la dissolution de l'Assemblée de la République et de la démission du gouvernement, amenuise son indépendance³²⁶².

1337. Certes, on admettra avec le professeur Tiago Duarte que la possibilité donnée au *Provedor de Justiça* de siéger au Conseil d'Etat, au côté du Président de la République, du Président de l'Assemblée de la République et du Premier ministre, lui offre la chance unique de recueillir des informations susceptibles d'être mises au service de sa fonction de protection des droits fondamentaux³²⁶³. En outre, son exclusion de l'organe de conseil du chef de l'Etat pourrait être interprétée comme une dévalorisation de l'institution³²⁶⁴. Il n'empêche que l'appartenance du *Provedor* portugais au Conseil d'Etat, dès lors qu'elle impose à l'institution de se prononcer sur des questions fondamentales de l'exercice du pouvoir politique, emporte un risque d'amenuisement de son indépendance susceptible de préjudicier à son autorité et, par conséquent, au suivi de ses recommandations. C'est pourquoi il serait souhaitable de repenser ce particularisme de l'ombudsman portugais.

1338. En définitive, l'absence de pouvoirs de contrainte de l'*human rights ombudsman*, insuffisance commune à l'ensemble des Etats ayant réceptionné l'institution, préjudicie indiscutablement à la réception de ses recommandations par leurs destinataires. Conditionnées dans leur effectivité par la volonté des débiteurs des droits fondamentaux de s'y conformer, les solutions avancées par l'ombudsman spécialisé courent, en effet, le risque permanent de demeurer lettre morte. Loin de remettre en cause le rôle fondamental de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, une telle problématique, difficilement surmontable, n'en demeure pas moins de nature à confirmer l'idée selon laquelle l'ombudsman ne saurait remplacer la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie, en tête desquels le juge. Gardien privilégié des droits fondamentaux, le juge, compte tenu de sa faculté à adopter des décisions dont le respect s'impose à leurs destinataires, demeure encore la solution la plus efficace pour mettre un terme à certaines atteintes portées aux droits de la personne humaine. A cette première limite inhérente à la nature de l'institution s'ajoute une seconde insuffisance

³²⁶⁰ *Ibid.*, p. 94.

³²⁶¹ En ce sens, v. *D.A.R.* du 3 octobre 1988, p. 1247.

³²⁶² L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 722 ; J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de Justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 58.

³²⁶³ T. Duarte, *op. cit.*, pp. 99-100.

³²⁶⁴ *Ibid.*, p. 100.

également intrinsèque aux modèles ibérique et français de l'ombudsman : l'absence d'effet suspensif de la saisine de l'ombudsman sur les délais de recours administratifs et contentieux.

§ 2. L'absence d'effet suspensif de la saisine de l'ombudsman sur les délais de recours administratifs et contentieux

1339. Déjà identifié précédemment, le principe selon lequel la saisine de l'ombudsman spécialisé ne constitue pas une cause d'interruption, de suspension ou de prorogation des délais de prescription des recours administratifs ou contentieux concerne aussi bien le Défenseur des droits que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*. Explicitement prévu par les textes de référence en Espagne et en France³²⁶⁵, déduit au Portugal des articles 23-2 de la Constitution et 21-2 du statut du *Provedor de Justiça*, consacrant le principe d'indépendance entre l'activité du *Provedor* et les autres formes de recours prévues par la norme suprême, un tel principe se présente, de toute évidence, comme un risque de forclusion du requérant suffisamment important pour songer à une modification du droit positif.

1340. Il suffit, en effet, que l'ombudsman statue sur le différend dont il est saisi après le terme du délai de prescription des recours administratifs et contentieux pour que le réclamant ne trouve plus à bénéficier de ces voies de droit. Et ce n'est pas l'alternative visant à présenter sa réclamation le plus rapidement possible devant l'ombudsman qui permet véritablement de prévenir un tel risque. Car, comme le souligne le professeur Bénédicte Delaunay à propos de l'ancien Médiateur de la République, « *le réclamant risque [...], même dans cette hypothèse, de se voir opposer une forclusion en raison des délais d'examen de sa réclamation* »³²⁶⁶. L'ombudsman spécialisé a beau se distinguer en raison d'une rapidité d'action difficilement égalable, le délai d'examen et, surtout, de résolution des plaintes qui lui sont adressées se révèle, en effet, rarement inférieur aux délais, particulièrement brefs, de prescription des recours administratifs et contentieux. Evidemment, reste la solution avancée par certains auteurs consistant pour le citoyen, s'il voit qu'il risque d'être forclos, à saisir le juge en même temps que l'ombudsman voire, de façon encore plus radicale, à choisir d'emblée la voie contentieuse³²⁶⁷. Une telle solution par défaut n'emporte toutefois que difficilement l'adhésion dans la mesure où elle implique pour le réclamant une éventuelle renonciation à la protection offerte par l'*human rights ombudsman* et, ce faisant, aux avantages que présente cette forme de garantie par rapport aux mécanismes classiques de défense des droits fondamentaux.

1341. Préjudiciable à l'effectivité de la protection proposée par les traditionnelles voies de droit, l'absence d'interruption des délais de recours l'est, ainsi, également pour l'ombudsman lui-même. A la vérité, elle l'est peut être même davantage pour ce dernier. En ce sens que la

³²⁶⁵ En ce sens, et tel qu'il a déjà été souligné, le lecteur pourra utilement se référer à l'article 6-3 de la loi organique relative au Défenseur des droits et à l'article 23-2 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple.

³²⁶⁶ B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, op. cit., p. 666.

³²⁶⁷ En ce sens, v. not. : L. Cluzel-Metayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », op. cit., p. 459 ; B. Delaunay, op. cit., p. 666.

crainte de perdre la faculté d'exercer un recours devant le juge, lequel demeure, quoi qu'on en dise, le gardien privilégié des droits et libertés dans l'imaginaire collectif, est susceptible de se présenter aux yeux du citoyen comme un facteur hautement dissuasif le conduisant à renoncer à la possibilité qui lui est donnée de s'adresser à l'ombudsman afin de privilégier la voie du recours contentieux³²⁶⁸. En somme, le fait que la saisine de l'*human rights ombudsman* n'ait pas pour effet de suspendre les délais de recours emporte un risque non négligeable de dépréciation de l'institution³²⁶⁹. Plus largement, le danger est grand que cet obstacle procédural débouche sur des rapports concurrentiels entre les mécanismes classiques de garantie et l'ombudsman spécialisé, par définition contraires à la raison d'être de ce dernier : l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits fondamentaux complet.

1342. C'est pourquoi une modification des textes de référence sur la question apparaît, sinon indispensable, fortement conseillée. A l'opposé de ce qui prévaut aujourd'hui en France et de l'autre côté des Pyrénées, la solution consiste à affirmer que la saisine de l'ombudsman a pour effet de suspendre les délais de prescription des autres voies de recours, de sorte que, si la réclamation est déclarée irrecevable ou que l'institution ne parvient pas à régler le litige avant l'expiration desdits délais, l'intéressé soit en mesure de former un recours administratif ou contentieux contre la décision administrative. Evidemment, une telle solution, à première vue contraire à l'esprit de la tradition latine préférant privilégier le recours au juge, quand bien même une médiation serait engagée³²⁷⁰, peut être difficile à admettre. Et ce d'autant plus que, comme le souligne Bernard Maligner, elle « *aurait pour effet de bouleverser les règles traditionnelles présidant à la formation d'un recours pour excès de pouvoir et [...] reviendrait à considérer l'institution comme une sorte de juridiction* »³²⁷¹.

1343. La mise en place d'un système d'« *interruption conservatrice du délai* »³²⁷², pour reprendre l'expression du professeur René Chapus, n'en demeure pas moins la seule solution à même d'éviter une mise en concurrence de l'ombudsman spécialisé avec le juge de nature à préjudicier au rapport de complémentarité entretenu par ces deux formes de protection. Indépendamment du fait qu'il permettrait, d'une part, de donner au plaignant plus de temps, d'autre part, de contribuer au désengorgement des juridictions, un tel système présenterait, en effet, l'avantage d'inscrire le recours à l'*human rights ombudsman* « *dans une véritable logique de résolution amiable des litiges* »³²⁷³ et, surtout, renforcerait la faculté de l'institution à pallier l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie. De plus, rien ne semble véritablement empêcher une telle solution. En témoigne, en France à tout le moins, les différentes hypothèses de médiation où la saisine suspend les délais de prescription des autres formes de recours. C'est par exemple le cas en matière civile où, aux termes de l'article 2238 du code civil, « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut*

³²⁶⁸ En ce sens, v. M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op. cit., pp. 122-123.

³²⁶⁹ Ce constat était d'ailleurs déjà dressé en 1979 par Bernard Maligner à propos du Médiateur de la République (en ce sens, v. *Les fonctions du Médiateur*, op. cit., p. 131).

³²⁷⁰ L. Cluzel-Metayer, « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », op. cit., p. 459.

³²⁷¹ B. Maligner, op. cit., p. 133.

³²⁷² R. Chapus, *Droits du contentieux administratif*, op. cit., p. 651.

³²⁷³ L. Cluzel-Metayer, op. cit., p. 459.

d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de la médiation ou de la conciliation ». C'est également le cas dans le cadre de la saisine du Médiateur des communications électroniques et de la Commission d'accès aux documents administratifs³²⁷⁴.

1344. Au total, les insuffisances inhérentes aux modèles ibérique et français de l'ombudsman, si elles ne sauraient remettre en cause le caractère indispensable de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en France et de l'autre côté des Pyrénées, n'en demeurent pas moins de nature à préjudicier à l'effectivité de cette forme de protection. Confirmant l'idée selon laquelle l'*human rights ombudsman* ne saurait remplacer les mécanismes classiques de garantie, ces carences gagneraient, par conséquent, à être corrigées. A ces insuffisances inhérentes à l'institution s'ajoutent, de surcroît, des limites d'ordre conjoncturel étrangères au Défenseur des droits, au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*.

Section 2 – L'identification d'insuffisances étrangères à l'institution

1345. Contrairement aux carences précédemment identifiées, les insuffisances étrangères à l'*human rights ombudsman* se distinguent, contrairement aux carences précédemment identifiées, en raison de leur origine d'ordre principalement conjoncturel. Préjudicant, à leur tour, à l'effectivité de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé, ces insuffisances sont essentiellement de deux ordres : d'une part, la subordination du succès des interventions entreprises par l'institution en faveur des droits-sociaux créances à la disponibilité des ressources économiques (§ 1), d'autre part, le fait que l'ombudsman spécialisé, en dépit d'une renommée indiscutablement supérieure à celle de la plupart des autorités non juridictionnelles de type sectoriel, pâtisse d'un déficit de notoriété auprès de la population (§ 2).

§ 1. Une vertu de concrétisation des droits-sociaux créances potentiellement entravée par les aléas de la conjoncture économique

1346. Domaine d'intervention privilégié de l'*human rights ombudsman*, les droits-sociaux créances, on le sait, trouvent indiscutablement à bénéficier, en France aussi bien que de l'autre côté des Pyrénées, de la capacité de l'institution à encourager la concrétisation des normes de droits fondamentaux. S'illustrant en raison d'une configuration institutionnelle lui permettant de contribuer à l'implantation de l'Etat social, l'ombudsman spécialisé participe, en effet, activement à la protection de cette catégorie de droits. Et, à l'évidence, l'activité des *ombudsmen* ibériques et français dans le domaine des droits-sociaux créances, de nature à confirmer la faculté de l'*human rights ombudsman* à combler les insuffisances des mécanismes classiques de garantie, s'avère porteuse d'avancées indiscutables. Qu'il s'agisse du droit à l'éducation et à la culture, du droit à la sécurité sociale et à la protection de la santé, du droit au logement ou, encore, du droit à l'emploi et à la sécurité matérielle, l'ensemble des droits-créances trouvent effectivement à bénéficier des interventions du Défenseur du Peuple,

³²⁷⁴ *Ibid.*, p. 459.

du *Provedor de Justiça* et du Défenseur des droits en faveur de la mise en œuvre de politiques sociales.

1347. A l'origine d'avancées indiscutables, les recommandations adressées par l'ombudsman spécialisé dans le domaine des droits-créances, en tant qu'elles impliquent la plupart du temps la mobilisation de moyens financiers, matériels et humains de la part des pouvoirs publics, se heurtent néanmoins en pratique à la problématique de la disponibilité des ressources économiques de l'Etat. En somme, parce que l'effectivité des droits économiques et sociaux se trouve conditionnée par un élément de pur fait tenant à l'existence de ressources financières, les recommandations adressées par l'ombudsman en cette matière courent un risque accru de ne pas être suivies d'effet. Ainsi, au déficit de prise en considération des solutions préconisées par l'ombudsman en raison de l'absence de portée contraignante de cette forme de protection se greffe, dans le domaine spécifique des droits-sociaux créances, une difficulté purement factuelle liée aux disponibilités économiques de la collectivité³²⁷⁵. Cette catégorie de droits étant tributaire des ressources financières étatiques existantes (A), bon nombre de recommandations adressées par l'ombudsman spécialisé en la matière se trouvent effectivement ignorées par les pouvoirs publics (B). La faculté que se reconnaît l'institution de conseiller les autorités normatives sur la façon de gérer leur budget dans le domaine des droits-sociaux créances se présente, toutefois, comme une alternative appréciable au déficit de concrétisation de ses recommandations en raison de l'indisponibilité des ressources économiques (C).

A. Les droits-sociaux créances, une catégorie de droits tributaire des ressources financières étatiques

1348. En tant que droits « *qui coûtent* »³²⁷⁶, les droits à prestations matérielles exigent l'existence d'une situation objective de prospérité en vue de leur concrétisation³²⁷⁷. On admettra, bien entendu, que la problématique n'est pas exclusivement propre aux droits-sociaux créances. Dans la mesure où l'ensemble des droits fondamentaux supposent, en réalité, une intervention positive des pouvoirs publics, les autres catégories de droits, dont les droits-libertés classiques, peuvent également impliquer les finances de l'Etat. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrit le professeur Diane Roman lorsqu'elle affirme : « *bon nombre de droits qualifiés de "civils" ou "politiques" nécessitent l'instauration de services publics : que l'on pense au droit de vote, qui requiert l'organisation de scrutins ; à la liberté d'aller et venir, rendue possible par un domaine public routier ; au droit à un jugement équitable, qui nécessite le service public de la justice. La jouissance de la quasi-totalité des droits civils ou politiques présuppose une intervention étatique sous forme de prestations* »³²⁷⁸.

³²⁷⁵ M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., p. 38.

³²⁷⁶ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., p. 364.

³²⁷⁷ En ce sens, v. S. Sánchez González, « Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica », *Revista de derecho político*, 1992, n° 36, pp. 262-263.

³²⁷⁸ D. Roman, « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », in P. du Cheyron et D. Gélot (Coord.), *Droit et pauvreté*, op. cit., p. 44.

1349. On ne saurait, pour autant, nier que la problématique de la disponibilité des ressources s'exprime avec une acuité particulière dans le domaine des droits-sociaux créances, dont la concrétisation, spécialement en ce qui concerne les droits à prestations matérielles³²⁷⁹, à l'instar du droit à la sécurité sociale et des aides à la famille, impliquent directement les finances publiques. Le constat n'est pas nouveau, il a été dressé depuis plusieurs années déjà, non seulement par la doctrine spécialisée³²⁸⁰, mais également par les *ombudsmen* eux-mêmes³²⁸¹. C'est par exemple le cas en Espagne où le Défenseur du Peuple a reconnu, à plusieurs reprises, que la matérialisation des droits économiques, sociaux et culturels se trouve conditionnée dans une importante mesure par la situation économique du pays et les disponibilités des finances publiques. Ainsi soumise à la « réserve du possible »³²⁸², l'effectivité des droits économiques et sociaux « reconnus aux personnes physiques et morales [serait], sinon illusoire – leur existence constitutionnelle exclut en effet toute remise en cause radicale par le législateur – du moins très aléatoire, même dans un Etat économiquement développé »³²⁸³.

1350. Evidemment, assimiler, dans les pays riches et industrialisés, les droits-créances « [...] à de pures "déclarations de programme" n'est guère fondé : c'est en effet un "singulier programme" que celui dont les bases essentielles ont été posées il y a plusieurs décennies déjà »³²⁸⁴. En outre, l'argument de l'insuffisance des moyens budgétaires ne saurait libérer les pouvoirs publics de toutes obligations dans le domaine des droits-sociaux créances. Une illustration en ce sens est donnée, en France, par l'arrêt *Ministre de la santé et des solidarités c. M. et Mme Haemmerlin* rendu le 11 juillet 2007 par la Cour administrative d'appel de Paris. Saisie d'un recours formé par les parents d'un enfant handicapé n'ayant pu accéder, faute de places disponibles, à un service scolaire, la Cour administrative d'appel a déduit des dispositions organisant la mission éducative de l'Etat que le manquement de ce dernier à son « obligation légale d'offrir aux enfants handicapés une prise en charge éducative au moins équivalente, compte tenu de leurs besoins propres, à celle dispensée aux enfants scolarisés en milieu ordinaire [...] est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité de

³²⁷⁹ Les droits à prestations matérielles peuvent être définis, avec Laurence Gay, comme les droits imposant une intervention du législateur en vue d'« aménager les conditions dans lesquelles l'individu peut accéder à un bien – prestation en nature, en argent –, à un service » (*op. cit.*, p. 270). Ils peuvent être distingués des principes requérant la mise en œuvre de politiques sociales, tels que le droit à l'emploi, le droit au logement et la protection de la santé publique, qui ne consacrent pas à ce titre de prérogatives individuelles opposables à la puissance publique (*ibid.*, p. 268).

³²⁸⁰ Sans que la liste prétende avoir un caractère exhaustif, le lecteur pourra se référer à : D. Capitant, « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », *op. cit.*, p. 139 ; J. Casalta Nabais, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel », *op. cit.*, p. 220 ; J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 24 ; L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, pp. 738 et ss. ; M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 75 ; J. Miranda, « Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa », *R.E.D.C.*, 1986, n° 18, p. 124 ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles du droit social », *op. cit.*, p. 195 ; S. Sánchez González, « Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica », *op. cit.*, pp. 262-263 ; Ph. Terneyre, « La Constitution devant le progrès économique et social », *Petites Affiches*, 1991, n° 155, p. 14.

³²⁸¹ Pour une position récente de l'institution en ce sens, v. not. E. Múgica Herzog, « El Defensor del Pueblo y los derechos de las personas "sin hogar" », *op. cit.*, p. 24.

³²⁸² L. Gay, *op. cit.*, p. 738.

³²⁸³ Ph. Terneyre, *op. cit.*, p. 14.

³²⁸⁴ L. Gay, *op. cit.*, p. 738.

*l'Etat, sans que celui-ci puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance de moyens budgétaires [...] »*³²⁸⁵. Plus largement, la consécration au rang constitutionnel des droits économiques, sociaux et culturels implique, dans certains pays du moins, que soit soustrait à l'appréciation du législateur un contenu minimum de ces droits, qu'il doit concrétiser et auquel, en cas d'adoption de mesures restrictives, il ne saurait porter atteinte³²⁸⁶. Etranger à l'Espagne, en raison de restrictions textuelles expresses quant à la compétence du juge à cet égard³²⁸⁷, ce principe de respect du contenu minimal des droits-créances trouve, en revanche, à s'appliquer au Portugal³²⁸⁸ et, dans une certaine mesure, en France³²⁸⁹. Or, s'il n'impose pas au législateur de geler en l'état les prestations existantes, il suppose une concrétisation minimale des droits-créances et une borne à ne pas franchir dans les restrictions apportées à cette catégorie de droits³²⁹⁰.

1351. Sous couvert de cette précision, il n'en demeure pas moins que la question de l'effectivité des droits-sociaux créances demeure étroitement liée aux fluctuations de la conjoncture économique et sociale³²⁹¹. Comme le souligne Laurence Gay, « *les dispositifs sociaux doivent constamment s'adapter à une réalité changeante : de l'effet-ciseau (baisse des recettes/augmentation des dépenses) à l'origine de la crise de l'Etat providence, à l'émergence d'une "nouvelle pauvreté" ou de nouveaux risques sociaux comme la dépendance* »³²⁹². Etant entendu qu'à l'heure actuelle, le principal défi qui se présente aux services publics en charge de la fourniture de prestations matérielles réside dans la crise affectant le système économique occidental. Pour paraphraser le professeur Jacques

³²⁸⁵ C.A.A. Paris, 11 juillet 2007, *Ministre de la santé et des solidarités c. M. et Mme Haemmerlin*, 2007, *R.D.S.S.*, p. 1087, concl. B. Folscheid, note H. Rihal.

³²⁸⁶ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à L. Gay, *op. cit.*, pp. 646 et ss.

³²⁸⁷ L'article 53-1 de la Constitution espagnole, en affirmant que la loi doit respecter les droits et libertés de premier et deuxième rangs, implique, en effet, que « *les droits à prestations découlant des principes directeurs de la politique sociale et économique ne présentent pas un contenu essentiel ou minimum dont le respect puisse s'imposer à la loi sur le seul fondement des normes constitutionnelles* » (*Ibid.*, p. 694). L'affirmation se trouve, d'ailleurs, corroborée par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel qui, à de rares exceptions près, interprète la Constitution espagnole « *comme ne comportant qu'une garantie objective en faveur des droits à prestations sociales : le législateur doit préserver les institutions auxquelles est confiée la prise en charge de ces prestations. En revanche, le texte fondamental ne protège pas la prérogative individuelle, le droit lui-même d'y accéder. Les modalités retenues pour ce faire relèvent de choix discrétionnaire des autorités publiques* » (*Ibid.*, p. 693).

³²⁸⁸ Comme le souligne le professeur José Carlos Vieira de Andrade, au Portugal, les droits-sociaux sont considérés comme « *des droits prima facie, parce qu'ils ont un "contenu minimum" qui découle de leur prévision constitutionnelle. [...] Les normes constitutionnelles les consacrant constituent pour le législateur des obligations spécifiques de légiférer et de le faire de façon à garantir à chaque droit au moins un minimum de matérialisation (concrétisation) minimal, tel qu'il résulte de l'interprétation de la norme constitutionnelle, laquelle d'ailleurs présente dans certains cas un degré non négligeable de détermination* » (« La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal », *op. cit.*, pp. 678-679).

³²⁸⁹ Outre que le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence de garanties institutionnelles des droits à prestations matérielles publiques (en ce sens, v. L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, pp. 711-714), il n'exclut pas, et admet même parfois, que le Préambule de 1946 impose aux pouvoirs publics le respect d'un contenu minimal des droits à prestations matérielles (*Ibid.*, p. 714-716).

³²⁹⁰ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, pp. 647-648.

³²⁹¹ Le professeur Véronique Champeil-Desplats rappelle, en ce sens, que « *la question de l'effectivité des droits ne peut faire abstraction des conditions socio-économiques dans lesquelles les droits sont proclamés* » (« Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 22).

³²⁹² L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, p. 738.

Chevallier, cette crise semble avoir définitivement stoppé la dynamique d'expansion de l'Etat providence ; ne disposant plus que de ressources limitées, l'administration se trouve effectivement tenue d'éviter tout gaspillage dans leur utilisation³²⁹³. « *A la fois largement concrétisés et jamais pleinement satisfaits* »³²⁹⁴, les droits-sociaux créances se trouvent, ainsi, très largement tributaires des ressources économiques existante. Or, le constituant ne peut garantir l'existence d'un modèle socio-économique de nature à satisfaire à l'exigence de prospérité économique que requiert cette catégorie de droits³²⁹⁵. A la vérité, il s'agit là d'« *un problème dont la solution dépend d'un certain développement de la société et, en tant que tel, il défie la Constitution la plus progressiste et déstabilise le plus parfait mécanisme de garantie juridique* »³²⁹⁶.

1352. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que l'ombudsman spécialisé, en dépit d'une configuration institutionnelle on ne peut plus adaptée aux exigences des droits-sociaux créances, rencontre quelques difficultés pour obtenir la concrétisation de ses recommandations engageant les finances de l'Etat.

B. Le déficit de ressources financières étatiques, un obstacle à la réception des recommandations de l'ombudsman intéressant les droits-créances

1353. Nonobstant une préoccupation indiscutable des *ombudsmen* français et ibériques pour les questions sociales, les aléas de la conjoncture économique se présentent, en effet, comme un obstacle que la meilleure des volontés ne saurait surmonter³²⁹⁷.

1354. Et ce ne sont pas les exemples de refus des pouvoirs publics de suivre les recommandations adressées par l'ombudsman en raison de l'absence de ressources financières qui manquent.

1355. Ont ainsi fait l'objet d'une décision de rejet, en Espagne, la recommandation n° 53/2009, du 24 de avril 2009³²⁹⁸, suggérant au service en charge de l'éducation de la communauté autonome de *Castilla y León* la mise en place au sein d'un établissement d'enseignement public d'un auxiliaire d'éducation nécessaire au développement éducatif et à l'intégration d'un élève de trois ans atteint du syndrome de Down ; la recommandation n° 6/2007, du 2 janvier 2007³²⁹⁹, en faveur de l'augmentation des ressources nécessaires à la mise en œuvre des mesures imposées aux mineurs en application de la loi organique de

³²⁹³ J. Chevallier, « La politique française de modernisation de l'administration », *op. cit.*, p. 71.

³²⁹⁴ L. Gay, *op. cit.*, p. 738.

³²⁹⁵ Sur cette question, le lecteur pourra utilement se référer à J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 31.

³²⁹⁶ N. Bobbio, *L'Età dei diritti*, *op. cit.*, p. 42. Cité par V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 22.

³²⁹⁷ En ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 156.

³²⁹⁸ Recommandation n° 53/2009 du 24 de avril 2009, in Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias 2009*, *op. cit.*, p. 249.

³²⁹⁹ Recommandation n° 6/2007 du 2 janvier 2007, in Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias 2007*, Madrid, 2008, p. 45 et *Informe anual 2007 y debates en las Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 1410.

responsabilité pénale des mineurs³³⁰⁰ ; ou, encore, la recommandation n° 23/2001 du 15 mars 2001³³⁰¹, tendant à ce que l'île de Formentera soit dotée d'un centre hospitalier permettant de répondre aux besoins sanitaires de la population.

1356. De même, au Portugal, les rapports d'activité du *Provedor de Justiça* relatent de nombreux exemples de recommandations non suivies d'effet en raison de l'insuffisance des finances publiques. On songera, notamment, à la recommandation n° 149/94, adoptée par l'institution portugaise en réaction à un retard injustifié du ministre de la sécurité sociale dans l'adoption des mesures réglementaires nécessaires à l'entrée en vigueur du décret-loi du 18 octobre 1990 venant étendre aux couples non mariés les avantages du régime juridique des prestations de sécurité sociale en cas de décès d'un conjoint. Attirant l'attention du ministre quant à la nécessité d'adopter le décret d'application de ce nouveau régime de sécurité sociale, cette recommandation suggérait, par ailleurs, la mise en place de mesures de nature à permettre l'application du décret-loi du 18 octobre 1990 aux situations juridiques créées depuis sa promulgation. Or, cette exigence de rétroactivité n'a pas été retenue par le ministre en raison du coût financier impliqué par une telle mesure³³⁰². Dans un autre registre, la recommandation n° 37/A/00, adressée en 2000 par le *Provedor de Justiça* au secrétaire d'Etat à l'éducation, afin que l'Etat portugais prenne en charge l'enseignement pré-scolaire, indépendamment des ressources économiques des familles et dans l'ensemble des niveaux d'enseignements, a donné lieu, eu égard au coût économique impliqué par une telle démarche, à un simple engagement de mise en œuvre future de la part du secrétaire d'Etat.

1357. A l'évidence, ces quelques exemples, s'ils ne sauraient remettre en cause les importantes avancées sociales rendues possibles par les *ombudsmen* français et ibériques, conduisent inexorablement à nuancer la faculté de l'*human rights ombudsman* à garantir la concrétisation des droits-sociaux créances. Cela étant précisé, il convient néanmoins de constater que l'ombudsman spécialisé offre davantage de solutions alternatives que le juge pour pallier la problématique du déficit de matérialisation de cette catégorie de droits en raison de l'insuffisance de ressources financières. L'ombudsman se reconnaît notamment la faculté de conseiller les instances étatiques au sujet de la répartition du budget de la Nation alloué aux politiques sociales.

³³⁰⁰ En l'espèce, l'augmentation des ressources préconisée par le Défenseur du Peuple avait notamment pour objet la création de nouveaux centres d'internements, en vue de garantir une proximité entre le lieu d'admission des mineurs et leur domicile, la création de places supplémentaires pour le traitement des mineurs toxicomanes et la création d'un nombre suffisant de poste de techniciens en charge de contrôler le déroulement des mesures de liberté surveillée (*Ibid.*).

³³⁰¹ Recommandation n° 23/2001 du 15 mars 2001, in Defensor del Pueblo, *Recomendaciones y sugerencias* 2001, Madrid, 2005, p. 93 et *Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales*, op. cit., p. 595.

³³⁰² Sur ce point, v. J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., p. 215.

C. Une solution alternative appréciable : l'influence exercée par l'ombudsman spécialisé en matière de répartition du budget alloué aux politiques sociales

1358. Conscient que les choix du législateur « *se trouve[nt] limité[s] par des considérations très variées, tenant à l'état des finances publiques ou au développement des techniques* »³³⁰³, le juge, on le sait, admet une importante latitude d'appréciation aux autorités normatives dans la mise en œuvre des droits-créances. Or, ce *self-restraint* juridictionnel, conduit généralement le juge à affirmer que « *la question de savoir quelle part du budget de la Nation doit être affectée aux services publics de l'éducation ou de la santé, par exemple, est une question politique et non juridique* »³³⁰⁴, par définition exclue de son champ de compétence. Sous-entendu par la définition de la notion de droit social retenue par la Cour constitutionnelle italienne³³⁰⁵, ce refus du juge de connaître de la question de la répartition des finances de l'Etat entre les différents services publics en charge de la fourniture de prestations se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En témoigne la décision *Pentiacova et autres c. Moldavie* en date du 4 janvier 2005. Saisie par des malades sous dialyse se plaignant d'une prise en charge financière insuffisante de leur traitement, la Cour de Strasbourg, après avoir admis l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, précise, en effet, que la marge d'appréciation dont bénéficient les Etats « *est plus large encore lorsque, comme en l'espèce, les question en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'Etat* »³³⁰⁶. En somme, et comme l'écrit très justement le professeur Diane Roman, « *pour la Cour, constitue une question politique et non juridique celle de savoir quelle part du budget étatique doit être affectée au service public de la santé* »³³⁰⁷.

1359. Rien de tel s'agissant de l'ombudsman spécialisé ! S'il « *ne détient pas entre ses mains les finances de l'Etat* »³³⁰⁸, celui-ci ne répugne pas à connaître des choix budgétaires effectués par les autorités normatives dans le domaine des droits-créances. L'affirmation se veut particulièrement vraie en Espagne où le Défenseur du Peuple, sur la base de sa capacité à adresser des recommandations, se propose d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité d'augmenter les dotations économiques dans certains secteurs déterminés³³⁰⁹. A cet effet, l'institution espagnole n'hésite pas à recourir à sa faculté de suggérer la modification des critères employés par l'administration dans l'élaboration de ses décisions³³¹⁰ afin de

³³⁰³ D. Capitant, « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », *op. cit.*, p. 139.

³³⁰⁴ D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *op. cit.*, p. 9.

³³⁰⁵ Les professeurs Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri rapportent, en effet, que la Cour constitutionnelle italienne définit le droit social comme « *un droit qui tend à être réalisé en fonction des ressources dont dispose la collectivité ; seul le législateur, en mesurant les disponibilités effectives et les intérêts susceptibles d'être graduellement satisfaits, peut de façon rationnelle adapter les moyens aux fins et construire cas par cas les conséquences juridiques à attacher à de tels droits* » (*Droits constitutionnels européens, op. cit.*, p. 162).

³³⁰⁶ C.E.D.H., 4 janvier 2005, *Pentiacova et autres c. Moldavie*, req. n° 14462/03.

³³⁰⁷ D. Roman, « Les droits sociaux : des droits à part entière ? Eléments pour une réflexion sur la nature et la justiciabilité des droits sociaux », *op. cit.*, p. 46.

³³⁰⁸ V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), *op. cit.*, p. 57.

³³⁰⁹ En ce sens, v. not. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, op. cit.*, p. 156 ; J.L. López González, « Artículo 30 », *op. cit.*, p. 769.

³³¹⁰ Faculté prévue, on le rappelle, par l'article 28-1 de la loi organique du 6 avril 1981.

persuader les pouvoirs publics de l'opportunité de privilégier, en fonction des nécessités sociales, certains services publics sur le plan financier³³¹¹. En d'autres termes, le Défenseur espagnol s'efforce d'orienter l'action sociale vers les problèmes les plus urgents en suggérant aux autorités étatiques certaines modifications dans la gestion des dépenses publiques³³¹². Salutaire, une telle initiative se révèle d'autant plus fructueuse que, depuis sa mise en place, le Défenseur du Peuple suit de près les mutations socio-économiques de la société espagnole. La preuve en est donnée par l'ouvrage *El Defensor del Pueblo en una España en cambio*. Elaboré sous la coordination de Francisco Vírseda Barca, ancien responsable du service des études et de la modernisation du Défenseur du Peuple, cet ouvrage consacre ses trente dernières pages à l'évolution de la conjoncture économique et sociale espagnole de la fin de la dictature franquiste à nos jours³³¹³.

1360. En somme, l'*human rights ombudsman* se permet, à la différence du juge, de conseiller les autorités normatives sur la façon de gérer leur budget dans le domaine des droits-sociaux créances. En cela, il contribue activement au « *besoin de "renouveau de l'Etat service public" dont parle Pierre Rosanvallon au sujet de cette demande croissante en faveur d'une intervention publique ciblée, prenant en charge en priorité les pannes sociales perçues dans des domaines essentiels comme l'école, la santé et la protection sociale* »³³¹⁴. Très certainement inspirée des travaux de Mary Robinson³³¹⁵, ancienne Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, cette fonction de conseil aux instances étatiques quant à la répartition du budget de la Nation alloué aux politiques sociales, rendue possible grâce à l'absence de pouvoirs de contrainte de l'institution, se présente comme une alternative appréciable au déficit de concrétisation des recommandations adressées par l'ombudsman spécialisé dans le domaine des droits-créances en raison de l'indisponibilité des ressources économiques.

1361. En dépit d'une préoccupation indiscutable de l'institution pour les questions d'ordre social, l'action de l'*human rights ombudsman* en faveur des droits-sociaux créances court, en définitive, le risque perpétuel de se trouver entravée en raison des aléas de la conjoncture économique. Conditionnées dans leur effectivité par l'existence de moyens financiers suffisants, les recommandations adressées par les *ombudsmen* ibériques et français en faveur de la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels se voient effectivement régulièrement opposer par les pouvoirs publics un argument de pur fait tenant à

³³¹¹ Sur ce point, v. M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, p. 137.

³³¹² En ce sens, v. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 116.

³³¹³ F. Vírseda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, pp. 93-123.

³³¹⁴ Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, *op. cit.*, p. 43.

³³¹⁵ Avant de quitter ses fonctions de Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Mary Robinson a laissé en héritage un document établissant une stratégie de réduction de la pauvreté à partir d'une instrumentalisation des principes contenus dans les droits de l'homme. Selon ce document, il existerait un noyau dur de droits, essentiellement composé de droits-sociaux créances, dont il faudrait garantir l'effectivité en priorité en vue de remédier à la pauvreté. Dans leur ordre d'importance, ces droits de l'homme sont essentiellement : le droit à une alimentation adaptée, le droit à la santé, le droit à l'éducation, le droit à un emploi et le droit à un logement décent, (rapporté par A.M. Romero de Campero, « Monitorização e Avaliação das Políticas Públicas », in *Ombudsman, novas competências, novas funções. VII congresso anual da Federação Ibero-americana do ombudsman*, *op. cit.*, pp. 142-144).

l'indisponibilité des ressources économiques. Etrangère à la nature de l'ombudsman spécialisé, cette première limite d'ordre conjoncturelle se double d'une seconde : le déficit de notoriété de l'institution.

§ 2. Une institution souffrant d'un déficit de notoriété auprès de la population

1362. Nonobstant une visibilité nettement supérieure à celle dont jouissent les autorités administratives indépendantes à compétence sectorielle³³¹⁶, l'ombudsman spécialisé, en France comme de l'autre côté des Pyrénées, pâtit d'un certain déficit de notoriété auprès de la société civile.

1363. Nuisible au succès de sa mission de défense des droits et libertés fondamentaux, cette carence ne saurait pour autant être directement imputée à l'institution. A la vérité, elle résulte, pour l'essentiel, d'un facteur temporel tenant à la nouveauté de cette forme de protection. Apparue dans les années 1970 au sein des systèmes juridiques ibériques et français³³¹⁷, l'ombudsman ne saurait, par exemple, jouir d'une assise équivalente à celle du juge. En dépit d'une perception parfois négative du procès dans l'imaginaire collectif, le juge, en tant que mode de résolution séculaire des différends, se présente, en effet, comme une forme de garantie profondément ancrée dans la culture populaire. Pierre angulaire de l'Etat de droit, son existence se révèle connue de tous.

1364. Rien de tel s'agissant de l'ombudsman ! Institution venue d'ailleurs, sa présence et sa raison d'être demeurent trop souvent ignorées par les citoyens français, espagnols et portugais. Bien entendu, on est en droit d'espérer qu'un tel déficit de notoriété, dont l'intensité varie selon le public considéré (A), se résorbera avec le temps. C'est ainsi qu'en Suède, berceau de l'ombudsman où celui-ci est apparu il y a désormais deux siècles, l'activité de l'institution s'avère suivie avec beaucoup d'intérêt par l'opinion publique³³¹⁸. Pour autant, ce déficit de notoriété de l'institution n'en demeure pas moins suffisamment préoccupant pour réfléchir à des solutions susceptibles d'y remédier (B).

A. Une intensité variable selon le public considéré

1365. S'exprimant avec une intensité plus ou moins prononcée selon le public considéré, le déficit de notoriété dont pâtit l'*human rights ombudsman* est susceptible de prendre deux formes différentes : d'une part, la méconnaissance de l'existence de l'institution par les catégories socialement défavorisées (1) et, d'autre part, la méconnaissance de la raison d'être de l'institution par les autres catégories sociales (2).

³³¹⁶ Tel que démontré précédemment, la généralité de la mission attribuée à l'*human rights ombudsman*, associée à l'inscription de l'institution au cœur même de la norme constitutionnelle et à une médiatisation de son action supérieure à celle des autorités indépendantes sectorielles, lui permet de jouir d'une visibilité faisant largement défaut chez certaines de ces autorités.

³³¹⁷ S'agissant de la France, on fait évidemment référence ici à l'ombudsman entendu dans sa forme originelle de Médiateur de la République.

³³¹⁸ En ce sens, v. R. Lindon et D. Amson, « Le Protecteur du citoyen (suite) », *op. cit.*

1. La méconnaissance de l'existence de l'institution par les catégories sociales défavorisées

1366. C'est un fait, la méconnaissance de l'existence de l'ombudsman spécialisé touche essentiellement les personnes dotées d'un faible volume de capital économique et culturel, c'est-à-dire les catégories de la population les plus défavorisées. Sur ce point, les statistiques parlent d'elles-mêmes. En Espagne, par exemple, si la majorité des citoyens, à défaut de connaître le nom du représentant de l'institution³³¹⁹, déclare avoir déjà entendu parler du Défenseur du Peuple³³²⁰, une corrélation se fait néanmoins jour entre le niveau d'éducation de la population et le pourcentage de personnes ayant effectivement connaissance de l'existence d'une telle autorité. C'est ainsi qu'en 2003 le degré de connaissance de l'institution se révélait tout juste supérieur à 40% chez les personnes n'ayant pas fait d'études tandis qu'il atteignait plus de 95% chez les personnes titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur³³²¹.

1367. Dans ces conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater qu'en dépit d'une grande disparité s'agissant de l'origine sociale des plaintes adressées à l'ombudsman spécialisé³³²², le profil sociologique du requérant type n'est pas nécessairement celui d'une personne en situation d'exclusion³³²³. Alors même que, d'un point de vue strictement géographique, la majorité des plaintes adressées aux *ombudsmen* ibériques et français proviennent des régions bénéficiant d'un important développement économique et culturel, en tête desquelles la région de Lisbonne, la Communauté autonome de Madrid et la région Île-de-France³³²⁴, les statistiques fournies par Manuel Meirinho Martins et Jorge de Sá au sujet du

³³¹⁹ Relativement élevé lors des premières années d'activité de l'institution, avec un pic à 51% en 1987, le pourcentage de citoyen en mesure de donner le nom de la personnalité à la tête de la fonction de Défenseur du Peuple se révèle, en revanche, particulièrement faible depuis le début des années 1990. C'est ainsi qu'en 1996, seulement 2% des personnes interrogées connaissaient le nom du représentant de l'institution (Données proposées par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 28).

³³²⁰ Les résultats d'une enquête, réitérée à plusieurs reprises entre 1985 et 2003, révèlent, en effet, que l'existence du Défenseur du Peuple est connue du plus grand nombre puisque, selon l'année considérée, entre 70% et 80% des citoyens espagnols interrogés déclarent avoir déjà entendu parler de l'institution (*Ibid.*, p. 27).

³³²¹ *Ibid.*, p. 28.

³³²² En ce sens, v. not. : L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 728; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, pp. 80-82.

³³²³ Le propos se doit d'être nuancé dès l'instant où, en Espagne, 70% des plaintes adressées au Défenseur du Peuple à l'occasion ses premières années d'activité provenaient des secteurs économiques et culturels les plus faibles de la population (en ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, op. cit.*, p. 143).

³³²⁴ En Espagne, tout d'abord, parmi l'ensemble des plaintes adressées au Défenseur du Peuple entre 1983 et 2006, plus de 150 000 proviennent de la Communauté autonome de Madrid tandis que le total des réclamations en provenance de l'Andalousie, deuxième Communauté autonome pourvoyeuse de plaintes, peine à atteindre les 60 000 (rapporté par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramos Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, p. 37). Au Portugal, ensuite, sur l'ensemble des plaintes adressées au *Provedor de Justiça* en 2001, 2002, 2003 et une partie de l'année 2004, 41,6% proviennent de la seule aire métropolitaine de Lisbonne (M. Meirinho Martins et J. de Sá, *O exercício do direito de queixa como forma de participação política. O caso do Provedor de Justiça (1992-2004), op. cit.*, p. 33). En France, enfin, le rapport d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011, à défaut de proposer une approche globale de la question, précise que, dans le domaine de la protection de l'enfance, les réclamations dont se trouve saisie l'institution, si elles proviennent de l'ensemble des départements de métropole et d'Outremer, sont avant tout

Provedor de Justiça offrent, en effet, l'occasion de constater qu'environ deux tiers des réclamants sont des hommes, occupant ou ayant occupé un emploi et ayant effectué des études secondaires ou supérieures³³²⁵. Sur ce dernier point, il est d'ailleurs intéressant d'observer que, sur le plan statistique, le public qui s'adresse au *Provedor* n'est pas un reflet fidèle de la société portugaise³³²⁶. En 2005, par exemple, pour un total de 12,2% de la population portugaise diplômée de l'enseignement supérieur, d'un côté, et de 56,1% de cette même population sans diplôme ou ayant suivi un enseignement basique du premier cycle, d'un autre côté, correspondait un total de réclamations adressées au *Provedor de Justiça* de 34,1% en provenance de personnes diplômées de l'enseignement supérieur et de 28,8% en provenance de personnes ne disposant d'aucun diplôme ou d'un enseignement basique du premier cycle³³²⁷. Il s'ensuit que la répartition des plaintes adressées au *Provedor de Justiça* selon le niveau d'étude des plaignants se révèle inversement proportionnelle à la répartition de la population portugaise sur la base de ce même critère du niveau d'étude.

1368. Partagée par la France et l'Espagne³³²⁸, cette proportion relativement faible de citoyens socialement défavorisés sollicitant les services de l'ombudsman ne va pas sans poser problème dès lors que les personnes en situation de précarité ou d'exclusion sont celles-là même qui gagneraient le plus à bénéficier de cette forme de protection des droits et libertés. Présentant des modalités d'accès facilitées et une configuration institutionnelle adaptée aux exigences des droits-sociaux créances, l'ombudsman spécialisé, à la différence du juge, se présente, en effet, comme une voie de recours en mesure de répondre aux besoins des classes sociales les plus défavorisées. Or, pour une raison tenant au déficit de notoriété de l'institution auprès de cette catégorie de la population, les inégalités d'accès au juge tendent à se reproduire devant l'*human rights ombudsman*, de sorte que la faculté de ce dernier à garantir l'effectivité des droits et libertés des personnes en situation d'exclusion se trouve parfois réduite à néant.

issues de la région Île-de-France qui se trouve à l'origine de 28% des dossiers traités par le Défenseur (*Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 93).

³³²⁵ M. Meirinho Martins et J. de Sá, *op. cit.*, pp. 99 et ss.

³³²⁶ En France, un constat similaire a pu être dressé par le professeur Philippe Warin au sujet du public s'adressant aux délégués départementaux du Médiateur de la République (en ce sens, v. *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité, op. cit.*, p. 56).

³³²⁷ *Ibid.*, p. 101.

³³²⁸ En Espagne, si la majorité des plaintes adressées au Défenseur du Peuple à l'occasion de ses premières années d'activité provenaient des secteurs économiques et culturels les plus faibles de la population, la tendance s'est inversée depuis le début des années 1990. Désormais, les principaux pourvoyeurs de réclamations sont des personnes titulaires d'un baccalauréat et de diplômes de l'enseignement supérieur. En ce sens, le professeur María José Corchete Martín rapporte que sur l'ensemble des personnes s'étant adressées au Défenseur du Peuple en 1995, 5% déclaraient avoir des difficultés pour lire et écrire, 8% n'avaient pas fait d'études, 21% avaient suivi une scolarité primaire, 9% disposaient d'une formation professionnelle, 25% étaient bacheliers et 32% étaient diplômées de l'enseignement supérieur (*El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, op. cit.*, p. 144). En France, les études les plus récentes consacrées à l'ancien Médiateur de la République dressent également le constat d'une sous représentation des catégories sociales les plus pauvres parmi les citoyens s'adressant à l'institution (en ce sens, v. not. : A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final, op. cit.*, p. 248 ; Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité, op. cit.*, p. 55).

2. La méconnaissance de la raison d'être de l'institution par les autres catégories sociales

1369. Contrairement au déficit de connaissance de l'existence de l'institution qui concerne principalement les personnes disposant d'un faible volume de capital économique et culturel, la méconnaissance de la raison d'être de l'ombudsman spécialisé affecte l'ensemble des catégories sociales. Tandis que l'existence de l'institution se révèle connue du plus grand nombre, la teneur exacte de ses fonctions demeure, en effet, bien souvent ignorée de la population³³²⁹. En conséquence de quoi le haut degré de connaissance de l'existence de l'*human rights ombudsman* parmi les catégories de la population les plus diplômées ne se retrouve pas s'agissant des fonctions attribuées à l'institution.

1370. Dénoncé avec force par les premiers rapports annuels d'activité du Défenseur du Peuple³³³⁰, ce degré de connaissance approximatif de la raison d'être de l'institution, s'il s'est quelque peu estompé avec le temps³³³¹, demeure toujours d'actualité. Ici également, les données statistiques sont éloquentes. En témoigne les résultats d'une enquête réalisée en 2003 par le Centre de recherches sociologiques espagnol. A la première question « *Est-ce que la population a connaissance, selon vous, de la raison d'être du Défenseur du Peuple ?* », le taux de réponses affirmatives oscille entre 18 et 32% selon le niveau d'étude des personnes interrogées³³³². A la deuxième question « *Quelles fonctions définissent le mieux les travaux du Défenseur du Peuple ?* », seulement 26% des personnes interrogées ont répondu défendre les droits et libertés constitutionnels, tandis que 22% ont répondu surveiller l'administration et 39% défendre les citoyens face aux abus administratifs³³³³. Or, si les deux dernières réponses ne sont pas totalement erronées, elles semblent indiquer que plus de la moitié de la population espagnole n'a pas conscience de la fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux attribuée à l'ombudsman espagnol.

1371. Aussi n'est-il guère surprenant de constater, par ailleurs, que le Défenseur du Peuple se trouve chaque année saisi d'un certain nombre de plaintes faisant état de problématiques étrangères à son domaine de compétence. La méconnaissance des attributions constitutionnelles et légales de l'institution espagnole se traduit notamment par l'identification récurrente de réclamations dénonçant des hypothèses de violations des droits

³³²⁹ En ce sens, Antonio Rovira Viña, ancien adjoint du Défenseur du Peuple sous le mandat de Monsieur Álvaro Gil-Robles et sous celui de son successeur, Monsieur Fernando Álvarez de Miranda, rapporte s'être trouvé en présence d'une institution à laquelle il n'avait jamais véritablement prêté attention sur le plan théorique et dont très peu de personnes connaissent, en réalité, son utilité exacte lors de son arrivée au sein du Défenseur du Peuple en 1990 (« *Introducción* », *op. cit.*, p. 21).

³³³⁰ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, pp. 12, 89 et 186 ; *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 11.

³³³¹ Un article publié en 1988 par Manuel Ruiz Cézar indique en ce sens que la diminution des réclamations adressées au Défenseur du Peuple année après année – entre 1983 et 1988, le nombre de plaintes enregistrées par le Défenseur espagnol est passé de 30 763 à 13 797 (en ce sens, v. l'annexe 5) – est le signe d'une meilleure connaissance des fonctions et attributions de l'institution par les citoyens (« *El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos* », *op. cit.*, p. 2490).

³³³² Rapporté par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 29.

³³³³ *Ibid.*

fondamentaux dans le cadre de rapports strictement privés ou contestant des décisions de justice³³³⁴. Susceptible d'être accentué en France par le flou entourant la portée exacte de la mission attribuée au Défenseur des droits et l'interprétation que fera de cette dernière le représentant de l'institution³³³⁵, un tel déficit de connaissance des fonctions de l'*human rights ombudsman* s'explique essentiellement en raison du caractère innovant de cette forme de protection. Moins problématique que la méconnaissance de l'existence de l'institution, cet aspect du déficit de notoriété de l'institution emporte tout de même son lot de d'inconvénients.

1372. *Primo*, il peut susciter de vaines espérances et, à terme, une certaine déception chez le citoyen qui saisit l'ombudsman d'un différend dont ce dernier n'est pas compétent pour connaître. L'affirmation s'avère particulièrement vraie en Espagne, voire au Portugal, où un tel risque est accentué par l'appellation retenue pour désigner l'institution³³³⁶. Salulaire en ce qu'elle permet d'inspirer confiance au citoyen³³³⁷, l'expression « Défenseur du Peuple », « *excessivement grandiloquente* » selon Ricardo Pellon Rivero³³³⁸, peut, en effet, induire en erreur le citoyen, peu informé, au sujet de la mission poursuivie par l'institution. Comme le soulignait, non sans ironie, le Défenseur Joaquín Ruiz-Giménez Cortés à travers le rapport d'activité de l'institution pour l'année 1983, le problème avec l'expression « Défenseur du Peuple » est que la population l'assimile à des personnages imaginaires tels que Don Quichotte de la Manche ou Superman³³³⁹. Or, d'un point de vue pratique, il s'ensuit que certaines personnes, désespérées et ignorants la compétence exacte du Défenseur espagnol, appréhendent, à tort, l'institution comme un organe de l'Etat d'ordre caritatif auquel elles adressent des plaintes dont il ne peut connaître³³⁴⁰.

1373. *Secundo*, le degré de connaissance limité des attributions de l'*human rights ombudsman* contribue au mouvement de dénaturation de l'institution en un organe de contrôle de la « maladministration » au détriment de sa fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux. A savoir que le déficit d'information de bon nombre de citoyens quant au renouvellement de l'institution en organe de défense des droits de la personne humaine conduit les *ombudsmen* ibériques et français à réceptionner un grand nombre de réclamations dénonçant de simples hypothèses de dysfonctionnements administratifs, réclamations dont ils acceptent de connaître alors même qu'aucune atteinte aux droits fondamentaux n'est à déplorer. Cette conception extensive de la raison d'être de l'ombudsman spécialisé est particulièrement vraie en Espagne où certains rapports du Défenseur du Peuple opèrent une dichotomie on ne peut plus nette entre, d'un côté, une activité de défense des droits

³³³⁴ En ce sens, v. M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 116.

³³³⁵ Sur ces questions, v. *supra*, n° 1156 et ss.

³³³⁶ En ce sens, v. : V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 16 ; *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), *op. cit.*, p. 53 ; F. Fernández Segado, « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », *op. cit.*, p. 158 ; R. Pellon Rivero, *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, *op. cit.*, p. 42.

³³³⁷ En ce sens, v. *supra*, n° 785.

³³³⁸ R. Pellon Rivero, *op. cit.*, p. 42.

³³³⁹ Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 192.

³³⁴⁰ En ce sens, v. : Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 186 ; V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo II (parte especial), *op. cit.*, p. 53.

fondamentaux *stricto sensu* et, d'un autre côté, une activité de simple surveillance du fonctionnement de l'administration et des services publics³³⁴¹. Etant entendu que, dans cette seconde hypothèse, l'ensemble des interventions du Défenseur du Peuple recensées portent sur des activités de l'administration étrangères à la problématique des droits et libertés fondamentaux³³⁴². Aussi le Défenseur espagnol semble-t-il avoir embrassé la thèse, défendue par certains auteurs, selon laquelle l'article 9-1 de la loi organique du 6 avril 1981 lui attribuerait, en parallèle à sa fonction constitutionnelle de surveillance de l'administration aux fins de garantir la défense des droits fondamentaux, une compétence autonome de contrôle de l'action de l'administration en dehors de toute atteinte portée aux droits de la personne humaine³³⁴³. De même, en France, la présentation de la fonction de Défenseur des droits, au sein du premier rapport annuel et sur le site internet du Défenseur, sous l'angle de la médiation avec les services publics et non pas, tel que le prévoit pourtant l'article 71-1 de la Constitution, de la défense des 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, traduit une certaine difficulté de la part de l'actuel représentant de l'institution à se détacher de la fonction de résolution des hypothèses de « maladministration » poursuivie par l'ancien Médiateur de la République.

1374. Intimement liée au déficit de connaissance des fonctions et des attributions de l'*human rights ombudsman* par les citoyens, cautionnée par l'ombudsman spécialisé lui-même, cette dénaturation de l'ombudsman spécialisé en organe de surveillance de la « maladministration » est, de surcroît, encouragée par les autres institutions publiques. C'est par exemple le cas au Portugal où le Tribunal constitutionnel, par sa décision n° 103/87³³⁴⁴, a déclaré inconstitutionnelle « *la norme qui privait les agents en tenue de la police de sécurité publique du droit de présenter des plaintes auprès du Provedor de Justiça contre les actions ou les omissions des pouvoirs publics responsables de ladite police, lorsque de telles plaintes n'avaient pas pour objet la violation de leurs droits, libertés ou ne leur portaient pas*

³³⁴¹ Pour un exemple, parmi d'autres, le lecteur pourra utilement se référer à Defensor del Pueblo, *Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales*, op. cit.

³³⁴² *Ibid.*, p. 104.

³³⁴³ Tel qu'il a pu être démontré précédemment, si l'article 54 de la Constitution espagnole attribue une fonction exclusive de protection des droits fondamentaux au Défenseur du Peuple, l'article 9-1, en revanche, dispose que « *le Défenseur du Peuple à la possibilité d'effectuer, d'office ou à la demande d'une partie, toute enquête visant l'éclaircissement des actes et ordonnances de l'Administration publique et de ses agents, concernant les citoyens, à la lumière des dispositions de l'article 103-1 de la Constitution et des droits proclamés dans son titre I* ». Or, dans la mesure où l'article 103-1 n'intéresse pas directement la problématique des droits fondamentaux, mais renvoie à un ensemble de principes relatifs au concept de bonne administration, certains auteurs en ont déduit que l'article 9-1 autorise, contrairement à ce que prescrit le texte constitutionnel, une possible déconnexion de la fonction de surveillance de l'administration de celle de protection des droits fondamentaux. Thèse fortement discutable dans la mesure où elle conduit à méconnaître l'unicité de la fonction attribuée au Défenseur du Peuple par la norme suprême. En effet, dès l'instant où la Constitution précise que le contrôle de l'action administrative ne peut servir qu'une fonction unique de protection des droits consacrés par le titre I de la norme fondamentale, le Défenseur du Peuple ne saurait, par définition, exercer une surveillance de l'activité de l'administration indépendamment de toute violation des droits fondamentaux. Partant, la seule interprétation recevable de l'article 9-1 consiste à affirmer que le Défenseur du Peuple peut effectuer des enquêtes à la lumière des principes garantis par l'article 103 de la Constitution, mais seulement si les droits fondamentaux sont en jeu.

³³⁴⁴ Acórdão 103/87 du 24 mars 1987, *D.R.* série I du 6 mai 1987.

atteinte »³³⁴⁵. A première vue opportune en ce qu'elle consacre un élargissement du droit de plainte des agents de la police de sécurité publique, une telle solution alimente néanmoins le mouvement de dénaturation du *Provedor de Justiça* dans la mesure où elle encourage ce dernier à connaître de réclamations ne faisant pas directement état d'atteintes portées aux droits fondamentaux. Aussi voit-on émerger une pratique institutionnelle plus proche du contrôle de la « maladministration » que de la défense des droits fondamentaux³³⁴⁶.

1375. Les principaux concernés ne s'en cachent pas. C'est ainsi que le responsable de la section « Défense et intérieure » du Défenseur du Peuple en fonction sous le mandat de Henrique Múgica Herzog rapporte que, si d'un point de vue qualitatif la fonction de protection des droits fondamentaux poursuivie par l'institution espagnole demeure la plus importante, sur le plan quantitatif la résolution des hypothèses de « maladministration » tend à prendre le pas sur cette fonction³³⁴⁷. En attestent les nombreuses interventions du Défenseur du Peuple à la suite de réclamations faisant état de simples retards, erreurs et silences de l'administration ou, encore, l'attention portée par celui-ci aux difficultés d'accès aux documents administratifs rencontrés par les citoyens, à l'ésotérisme du langage administratif, à l'excès de formalisme de la procédure administrative³³⁴⁸. Et un phénomène équivalent peut être observé en France et au Portugal. A l'occasion de la première année d'activité du Défenseur des droits, une part significative des dossiers traités par le pôle « Accès aux services publics-Affaires générales », on l'a vu, portait sur la problématique des amendes relatives aux infractions au code de la route, « contentieux » de masse largement étranger, on en conviendra, à la problématique des droits de la personne humaine³³⁴⁹.

1376. Encouragée en Espagne par l'article 23 de la loi organique du Défenseur du Peuple³³⁵⁰, cette tendance des citoyens ibériques et français à s'adresser à l'ombudsman spécialisé en vue de dénoncer de simples hypothèses de « maladministration » ne va pas sans poser problème dès lors qu'elle emporte le danger de desservir la fonction première de défense des droits fondamentaux attribuée à l'institution. Certes, il convient de garder à l'esprit que la frontière entre la « maladministration » et les droits fondamentaux n'est pas toujours aussi cloisonnée qu'une première approche peut le laisser penser, certains dysfonctionnements de l'appareil administratif se trouvant parfois à l'origine de violation des droits de la personne humaine.

³³⁴⁵ A. de Araújo, L.M. Nogueira de Brito et J.P. Cardoso da Costa, « As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias », *op. cit.*, p. 40.

³³⁴⁶ En ce sens, v. G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 236.

³³⁴⁷ Propos recueillis à l'occasion d'un stage réalisé au sein de l'institution du Défenseur du Peuple du 15 au 30 avril 2010.

³³⁴⁸ En ce sens, v. par ex. A. Urizar Murillo, « Los derechos de los ciudadanos ante las administraciones públicas. La institución del Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 43. Plus largement, le lecteur pourra utilement se référer à l'ensemble des rapports annuels d'activité de l'institution espagnole.

³³⁴⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 1233.

³³⁵⁰ Cette disposition prévoit en effet : « lorsque les opérations réalisées révèlent que la plainte a sans doute eue pour origine un abus, un procédé arbitraire, une discrimination, une erreur, une négligence ou une omission de la part d'un fonctionnaire, le Défenseur du Peuple, peut s'adresser à l'intéressé et lui communiquer son avis à cet égard ». Or, il s'agit davantage ici d'hypothèses de « maladministration » que de violations des droits et libertés à proprement parler.

Ceci étant, on ne saurait nier que, la plupart du temps, la « maladministration » renvoie davantage à des incorrections administratives, sources de désagréments pour les usagers, qu'à de véritables violations des droits et libertés constitutionnellement garantis. Aussi la réception d'un nombre significatif de plaintes faisant état de seuls dysfonctionnements administratifs par l'ombudsman spécialisé emporte-t-elle le risque de s'exercer au détriment de sa fonction théoriquement exclusive de garantie des droits fondamentaux. Car « l'action de lutte contre la maladministration [...], nécessairement continue et de longue haleine »³³⁵¹, requiert du temps.

1377. C'est pourquoi de nombreux auteurs espagnols et portugais s'efforcent de mettre en garde le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* contre une interprétation excessivement large de leurs attributions. C'est notamment le cas du professeur Virgilio Zapatero Gómez qui considère que le Défenseur du Peuple doit demeurer un organe spécialisé, entendu dans le sens d'une compétence circonscrite à sa fonction de protection des droits de la personne humaine prédéterminée par la Constitution³³⁵². Ou, encore, du professeur José Carlos Vieira de Andrade dénonçant le risque de dénaturation et d'affaiblissement du *Provedor de Justiça* en cas d'extension constante de son activité³³⁵³. Fervent défenseur de la fonction renouvelée de surveillance de l'activité de l'administration publique aux fins de la défense des droits fondamentaux attribuée au *Provedor de Justiça*³³⁵⁴, José Carlos Vieira de Andrade préconise, en effet, que l'activité de l'institution soit toujours orientée en priorité vers la protection des droits et libertés³³⁵⁵.

1378. S'expliquant, pour l'essentiel, en raison d'un facteur temporel tenant à la nouveauté de cette forme de protection en France et de l'autre côté des Pyrénées, le déficit de notoriété de l'ombudsman spécialisé, quelle que soit la forme qu'il emprunte, se révèle, en définitive, porteur de répercussions négatives du point de vue de l'efficacité de la mission poursuivie par l'institution. C'est pourquoi il apparaît souhaitable de réfléchir à des solutions en mesure de remédier à une telle carence, même si l'on est en droit d'espérer que celle-ci se résorbera à mesure que l'institution s'enracinera dans le paysage institutionnel.

B. Les solutions envisageables

1379. Si le déficit de notoriété dont pâtit l'*human rights ombudsman* auprès de la société civile ne saurait être directement imputable à l'institution, des alternatives s'offrent toutefois à son représentant en vue de remédier à une telle problématique. Au Portugal, par exemple, le *Provedor de Justiça* gagnerait à s'inspirer des efforts entrepris en France, initialement par le Médiateur de la République, désormais par le Défenseur des droits, en faveur de la mise en place d'un vaste réseau de délégués à l'échelle locale. De nature à encourager l'instauration

³³⁵¹ M. le Clainche et C. Wiener, « Du fatalisme au volontarisme », *op. cit.*, p. 95.

³³⁵² V. Zapatero Gómez, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 123.

³³⁵³ J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 62.

³³⁵⁴ *Ibid.*

³³⁵⁵ *Ibid.*, pp. 65 et 67.

d'une relation de proximité entre l'institution et les citoyens, la représentation de l'ombudsman à l'échelon local, y compris, et surtout, au sein des quartiers dits sensibles et des zones rurales³³⁵⁶, c'est-à-dire là où son action est peut être la plus utile, contribue, en effet, à renforcer la notoriété de celui-ci. Or, en l'état du droit positif, le *Provedor* portugais, on le sait, ne dispose d'extensions que dans les seules régions autonomes des Açores et de Madère. C'est pourquoi certains auteurs portugais, à l'instar de Luís Lingnau da Silveira, réclament la création de délégués régionaux de l'institution³³⁵⁷. Plus largement, deux solutions alternatives, communes aux *ombudsmen* ibériques et français, sont envisageables. A une première solution d'efficacité limitée, résidant dans le recours à la faculté d'action d'office (1), s'ajoute une seconde solution, préférentielle, consistant dans le renforcement de la publicité autour de l'institution (2).

1. Le recours à l'action d'office, une solution d'efficacité limitée

1380. Permettant au titulaire de la fonction d'intervenir afin de faire cesser une atteinte portée aux droits de la personne humaine quand bien même il n'a pas été saisi d'une demande en ce sens, la faculté d'action d'office dont jouit l'*human rights ombudsman* se présente comme un complément on ne peut plus opportun de la possibilité donnée aux particuliers de s'adresser directement à l'institution. L'un des avantages d'une telle faculté réside notamment dans l'aptitude qu'elle confère à son titulaire de faire bénéficier aux personnes qui n'en auraient pas connaissance, en tête desquelles les personnes en situation d'exclusion, de la voie de recours que constitue l'ombudsman. C'est ce que fait remarquer Faustino López de Foronda Vargas, ancien responsable du service juridique de l'*Ararteko*³³⁵⁸, lorsqu'il affirme : « Il revient aux ombudsmen de remédier, par le biais de leur faculté d'action d'office, aux dysfonctionnements résultant de l'absence de présentation de plaintes par les personnes et les publics les plus défavorisés »³³⁵⁹.

1381. Salutaire, une telle alternative au risque d'inertie des catégories socialement défavorisées en raison de leur méconnaissance de l'existence de l'ombudsman spécialisé se révèle toutefois entravée, en pratique, par l'avalanche de réclamations adressées chaque année à l'institution³³⁶⁰. En ce sens que le succès rencontré par l'*human rights ombudsman* auprès de la population, s'il confirme le caractère indispensable de cette forme de protection au sein de nos systèmes juridiques contemporains, implique, en revanche, que le quotidien de l'institution se trouve occupé par l'instruction et la résolution des plaintes dont elle est saisie³³⁶¹. Dans la mesure où les réclamations adressées à l'ombudsman spécialisé doivent être

³³⁵⁶ C'est ce que s'est efforcé de faire, en France, Bernard Stasi lors de son mandat à la tête du Médiateur de la République (sur ce point, v. B. Stasi, in *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 163).

³³⁵⁷ L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », op. cit., p. 719.

³³⁵⁸ *Ararteko* est l'appellation du Défenseur du Peuple de la Communauté autonome du Pays-Basque.

³³⁵⁹ F. López de Foronda Vargas, « Los defensores del pueblo y la selección de personal en las administraciones públicas », op. cit., p. 161.

³³⁶⁰ En ce sens, v. l'annexe 5.

³³⁶¹ Sur ce point, v. not. : H. Nascimento Rodrigues, « A Função Preventiva, Personalizadora e Inovadora do Provedor de Justiça », op. cit., p. 74 ; C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para*

traitées en priorité, l'activité d'action d'office de l'*human rights ombudsman* ne peut effectivement qu'être reléguée au second plan. Et ce d'autant plus lorsque l'institution, comme c'est le cas en Espagne, enregistre en moyenne 57 plaintes par jour³³⁶².

1382. En somme, bien que le Défenseur du Peuple, le *Provedor de Justiça* et le Défenseur des droits s'efforcent d'orienter leur activité d'action d'office vers la défense des droits et libertés des catégories de personnes qui, par méconnaissance, ne comptent pas parmi les bénéficiaires des droits fondamentaux recourant le plus fréquemment aux services de l'ombudsman spécialisé, le traitement des plaintes prend systématiquement le pas sur cette activité³³⁶³. C'est la raison pour laquelle il apparaît préférable que l'ombudsman spécialisé ne compte pas trop sur sa capacité à s'autosaisir et privilégie davantage la voie de la publicité pour remédier aux conséquences négatives de son déficit de notoriété.

2. Le recours à la publicité, la solution préférentielle

1383. Comptant parmi les prérogatives les plus efficaces mises à la disposition de l'*human rights ombudsman*, le recours à la publicité, tout en favorisant le renforcement de l'autorité de l'ombudsman et, ce faisant, la prise en considération de ses recommandations, se révèle en mesure d'œuvrer en faveur d'une meilleure connaissance de l'institution par les citoyens. A ce titre, certains membres de la doctrine, à l'instar du professeur Victor Fairén Guillén³³⁶⁴, se sont attachés à démontrer combien la médiatisation de l'ombudsman revêt une importance capitale pour permettre aux catégories sociales les moins fortunées et les moins instruites de prendre conscience de l'existence de cette forme de protection, tandis que d'autres auteurs, tels que le professeur Francisco Astarloa Villena, ont milité en faveur d'une meilleure information des citoyens au sujet de la teneur exacte de la mission confiée à l'ombudsman spécialisé³³⁶⁵. Et, à l'évidence, on ne saurait nier que, d'un point de vue pratique, le recours à la publicité se traduit, à terme, par un gain de notoriété évident pour l'institution. Une étude réalisée en 1984 par la Commission de recherches de l'Institut international des *ombudsmen* révèle en ce sens que la principale raison invoquée par les 32 *ombudsmen* auditionnés pour expliquer l'augmentation de leur charge de travail au cours de l'année étudiée était la publicité de leur action³³⁶⁶. En France, également, un sondage réalisé quelques années avant la mise en place du Défenseur des droits indique que, parmi les personnes ayant eu recours aux services du Médiateur de la République, 19% ont eu connaissance de l'institution par la presse

una instituição secular, op. cit., p. 35 ; F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años, op. cit.*, pp. 14 et 35.

³³⁶² Rapporté par F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramóns Torre, J.V. Gómez Rivas, *op. cit.*, p. 35.

³³⁶³ On en veut pour preuve la disproportion existante entre le nombre d'enquêtes d'office réalisées chaque année par les *ombudsmen* ibériques, relativement peu élevé, et la quantité de plaintes d'origine citoyenne enregistrées par ces deux institutions (en ce sens, v. l'annexe 5).

³³⁶⁴ V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 54.

³³⁶⁵ F. Astarloa Villena, *El Defensor del Pueblo en España, op. cit.*, p. 121.

³³⁶⁶ Sur ce point, v. V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 627. Dans un sens similaire, le professeur Philippe Warin rapporte les résultats d'un sondage révélant que 15% des lettres reçues par le Médiateur de la République la semaine suivant une intervention télévisée de son représentant Bernard Stasi, en date du 4 janvier 1999, se trouvaient directement liées à cette intervention (*Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité, op. cit.*, p. 54).

nationale et 16% par la radio et la télévision³³⁶⁷. C'est pourquoi la médiatisation de l'ombudsman se présente comme un impératif auquel l'institution se doit de souscrire si elle espère gagner en notoriété. Conscients d'une telle nécessité³³⁶⁸, les *ombudsmen* ibériques et français ont d'ailleurs régulièrement recours à la publicité. De nombreux exemples permettent d'illustrer le propos.

1384. En Espagne, tout d'abord, les premiers rapports annuels d'activité du Défenseur du Peuple font état d'un effort constant pour informer le public au sujet des fonctions et des tâches assignées à l'institution³³⁶⁹. Mais c'est surtout l'initiative prise depuis 2003 par l'institution espagnole d'organiser chaque année un concours scolaire de dessin, dans le but de promouvoir la connaissance des droits de l'homme au sein des écoles espagnoles, qui mérite d'être soulignée. Ouvert à l'ensemble des élèves de l'enseignement primaire et secondaire espagnol, ce concours consiste dans la réalisation, sur une feuille de papier format A4, d'un dessin original intéressant le thème des droits de l'homme³³⁷⁰. A première vue anecdotique, une telle initiative exprime, en réalité, un souci évident de la part du Défenseur du Peuple de se faire connaître auprès des jeunes générations et d'éduquer les futurs citoyens à la problématique des droits et libertés. En cela, l'institution espagnole se fait l'écho du professeur Luis Lingnau da Silveira qui proposait, il y a quelques années déjà, de renforcer la notoriété de l'ombudsman par le prisme du système scolaire³³⁷¹.

1385. Au Portugal, ensuite, le *Provedor de Justiça*, soucieux, dès sa première année d'activité, de garantir une connaissance aussi complète possible de sa sphère d'action, de son organisation interne et de ses modalités de saisine³³⁷², publiait en mars 1977 dix mille dépliants portant sur les attributions et les fonctions de l'institution portugaise³³⁷³. Plus récemment, le *Provedor de Justiça* s'est efforcé de promouvoir la publication d'études scientifiques consacrées à l'institution de l'*human rights ombudsman*. S'inscrivant en réaction aux critiques avancées par certains auteurs quant à l'absence quasi-totale de littérature portugaise spécialisée sur le *Provedor de Justiça*³³⁷⁴, cette promotion scientifique de l'institution s'est essentiellement opérée sous l'impulsion d'Henrique Nascimento Rodrigues. Lors de sa présence à la tête de l'institution, de 2000 à 2009, pas moins de onze études scientifiques ont effectivement été publiées par le service de documentation du *Provedor de*

³³⁶⁷ Rapporté par Ph. Warin, *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, *op. cit.*, p. 54.

³³⁶⁸ Encore récemment, María Luisa Cava de Llano, première adjointe de l'ancien Défenseur du Peuple Enrique Múgica Herzog, affirmait à propos de l'ombudsman espagnol : « *Je pense qu'il s'agit d'une institution précieuse, qui commence à être connue, mais qui doit l'être davantage dans la mesure où elle est précisément destinée à venir en aide aux personnes vulnérables qui, la plupart du temps, ne disposent ni des connaissances ni des moyens pour intervenir face à une administration publique agissant tel un rouleau compresseur et méconnaissant régulièrement les droits fondamentaux des citoyens* » (« La Defensora del Pueblo aboga por que la institución actúe de "mediador" para desbloquear el colapso de la Justicia », *Europa Press*, 5 juillet 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.europapress.es].

³³⁶⁹ En ce sens, v. par ex. Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 1984*, *op. cit.*, p. 19.

³³⁷⁰ [En ligne]. Disponible sur [http://concursodibujos.defensordelpueblo.es].

³³⁷¹ L. Lingnau da Silveira, « O Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 735.

³³⁷² *Relatório do Provedor de Justiça – 1976*, *op. cit.*, p. 5.

³³⁷³ *Relatório do Provedor de Justiça – 1977*, *op. cit.*, p. 235.

³³⁷⁴ Sur ces critiques déjà identifiées, v. spéc. : V. Moreira, « As entidades administrativas independentes e o Provedor de Justiça », *op. cit.*, p. 93 ; H. Nascimento Rodrigues, « Nota introdutória », *op. cit.*, p. 5.

Justiça, tandis qu'avant 2000 seulement deux études avaient bénéficié du parrainage de l'institution³³⁷⁵. Toujours au Portugal, l'institution, à l'instar de son voisin espagnol, affiche, depuis quelques années maintenant, une volonté très nette de sensibiliser les nouvelles générations à la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Plusieurs éléments en attestent, à commencer par le discours prononcé le 10 décembre 1992 par José Menéres Pimentel. A l'attention des élèves de l'école secondaire de Santa Maria, ce discours fut non seulement l'occasion pour l'ancien *Provedor de Justiça* de présenter les principales fonctions et attributions de l'institution, mais également de rappeler le rôle central joué par cette dernière dans le domaine des droits fondamentaux³³⁷⁶. Plus largement, le site internet du *Provedor de Justiça*, dans la continuité de la ligne téléphonique gratuite mise en place en 1992 pour permettre aux mineurs en danger de s'adresser directement à lui, prévoit une page spécialement dédiée aux enfants, dont l'objet consiste dans une présentation ludique de l'institution et une prise de contact facilitée avec son représentant³³⁷⁷.

1386. En France, enfin, certains parlementaires, en réaction à la volonté affichée par Dominique Baudis de faire preuve de prudence dans l'usage du procédé de la publicité, se sont inquiétés de « voir condamn[ée] d'emblée toute "surexposition médiatique" du Défenseur des droits, alors que les travaux des autorités administratives indépendantes qui ont été absorbées par le Défenseur des droits faisaient l'objet de publications régulières et attendues »³³⁷⁸. A la vérité, cette inquiétude se doit d'être relativisée. Indépendamment du fait que la prudence peut apparaître légitime, dès l'instant où elle procède d'une volonté de limiter l'afflux de réclamations à un moment délicat de la vie de l'institution, à savoir sa naissance³³⁷⁹, l'actuel Défenseur des droits n'a pas fermé la porte à toute entreprise de communication, loin s'en faut. En réponse aux inquiétudes de certains membres du Parlement, Dominique Baudis affirmait lors de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat, dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits : « Je tenais à souligner que le Défenseur des droits lui-même doit se garder de la surexposition médiatique pour ne pas se laisser entraîner dans les polémiques du moment. Il lui revient en revanche de faire connaître l'institution, ses missions et les services qu'elle peut rendre aux citoyens, sans se limiter à son rapport annuel. [...] Un travail de communication de longue haleine est indispensable pour

³³⁷⁵ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se reporter au site de l'institution portugaise sur les pages [www.provedor-jus.pt/?idc=17&pos=0] et [www.provedor-jus.pt/?idc=17&pos=10].

³³⁷⁶ Discours publié in J. Menéres Pimentel (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, op. cit., pp. 9-13.

³³⁷⁷ [En ligne]. Disponible sur [http://criancas.provedor-jus.pt/].

³³⁷⁸ En ce sens, v. Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, op. cit.

³³⁷⁹ Il est d'ailleurs intéressant de constater que cette considération a été l'une des principales préoccupations du premier représentant de l'institution du Médiateur de la République, Monsieur Aymé Paquet. Le rapport d'activité du Médiateur pour l'année 1980 indique en ce sens : « Malgré le "filtre" que constitue la saisine parlementaire, l'afflux des dossiers est devenu tel que – les moyens financiers et en personnel n'ayant pas suivi au même rythme – Monsieur Aymé Paquet a été contraint à une certaine discrétion. Le recours le plus large à la presse et l'utilisation des moyens audiovisuels d'information auraient en effet (je viens d'en avoir moi-même la preuve) mieux fait connaître l'institution, mais aurait provoqué un afflux supplémentaire de dossiers et de courrier allongeant déraisonnablement les délais de réponse » (Médiateur de la République, *Rapport annuel 1980*, p. 5).

*faire savoir aux Français que le Défenseur des droits est une institution à la disposition de tous »*³³⁸⁰.

1387. Conformément à cette déclaration, la première année d'activité du service de presse de l'institution française s'est concentrée sur la nécessité de faire connaître l'existence du Défenseur. Pour ce faire, le choix a été fait de privilégier une communication institutionnelle se distinguant en raison de la mise en place d'outils destinés à présenter l'institution au grand public tout en informant le réclamant de la facilité d'accès à cette nouvelle autorité³³⁸¹. Outre la distribution de plaquettes de présentation de l'institution³³⁸² et l'organisation de campagnes d'affichage³³⁸³, il convient, à ce titre, de faire mention des travaux engagés en faveur de la conception d'un site internet chargés de présenter l'institution et ses attributions, de rendre compte de son activité, d'indiquer les coordonnées des délégués et surtout de permettre de saisir le Défenseur des droits en ligne en renseignant un formulaire. La fréquentation de ce site est d'ailleurs très satisfaisante puisqu'entre novembre 2011, date de son lancement, et mars 2012, il a reçu plus de 180 000 visiteurs pour 750 000 pages vues³³⁸⁴.

1388. Plus récemment, le Défenseur des droits a entrepris, dans la lignée de ses homologues espagnol et portugais, une vaste action en faveur de la sensibilisation du jeune public aux valeurs des droits fondamentaux. L'institution française a ainsi publié un *Kit pédagogique sur les droits de l'enfant* destiné à permettre aux enfants, aux parents et aux professionnels travaillant dans le domaine de l'enfance de mieux connaître les droits de l'enfant, la situation des enfants en France et dans le monde, ainsi que le rôle et les missions du Défenseur des droits en cette matière³³⁸⁵. Dominique Baudis a également impulsé une campagne publicitaire intitulée « Moins de 18 ans ? Plus de 18 droits ! Saisissez le Défenseur des enfants » dans le but de se faire connaître auprès des mineurs³³⁸⁶.

1389. Particulièrement bienvenues, ces initiatives des *ombudsmen* ibériques et français en faveur d'une plus grande médiatisation de l'*human rights ombudsman* ne sauraient pour autant suffire pour remédier au déficit de notoriété dont pâtit l'institution. Si elles sont en mesure, d'une part, d'informer la population sur les fonctions et les attributions de l'*ombudsman* spécialisé, d'autre part, de sensibiliser les générations futures à la protection

³³⁸⁰ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

³³⁸¹ Sur ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, pp. 60 et ss.

³³⁸² Début 2012, le Défenseur des droits a conçu un million de plaquettes de présentation de l'institution destinées à être distribuées dans les lieux d'accueil du public : mairies, palais de justice, caisses d'allocations familiales (*Ibid.*, p. 62).

³³⁸³ Le rapport annuel de l'institution pour l'année 2011 rapporté en ce sens qu'« au cours de la seconde quinzaine de février 2012, la campagne de publicité dans le réseau Métrobus a mobilisé 550 panneaux apposés dans les couloirs du métro parisien. Avec la même intention de rester proche des préoccupations des réclamants, la campagne se faisait l'écho des propos adressés à l'Institution par des requérants ayant obtenu satisfaction. Ainsi, les lecteurs de ces vignettes prenaient-ils tout à la fois connaissance du champ de compétence de l'Institution comme des informations pratiques permettant de la saisir » (*Ibid.*).

³³⁸⁴ *Ibid.*, p. 62.

³³⁸⁵ [En ligne]. Disponible sur [<http://www.defenseurdesdroits.fr>].

³³⁸⁶ *Ibid.*

non juridictionnelle des droits fondamentaux, de telles initiatives ne permettent, en revanche, que difficilement de remédier au déficit de connaissance de l'existence de l'institution par les catégories sociales les plus défavorisées. Qu'il s'agisse de la publication des rapports d'activité, de la promotion d'études scientifiques consacrées à l'ombudsman ou, encore, de la mise en place de sites internet, la plupart des actions entreprises par le Défenseur du Peuple, le Défenseur des droits et le *Provedor de Justiça* ne touchent que trop rarement les personnes en situation de précarité. Et ce n'est pas la distribution de plaquettes de présentation de l'institution, généralement diffusées en trop faible quantité, ou l'organisation de campagnes de publicité géographiquement circonscrites qui permettent d'affirmer le contraire.

1390. C'est pourquoi le développement d'une communication associant davantage les grands médias nationaux et locaux se doit d'être privilégié. Préconisée, en France, par la députée Henriette Martinez et le sénateur M. Patrice Gélard, lors de l'audition du Défenseur des droits par la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale, le 7 mars 2012, et par la Commission des lois de Sénat, le 4 avril 2012³³⁸⁷, cette solution semble faire l'objet d'un accueil favorable de la part de l'institution française dont le service de presse s'attache, depuis peu, à diffuser auprès des journaux, radios, télévisions, les « histoires vécues » par les réclamants qui ont trouvé une issue favorable³³⁸⁸. A cela s'ajoute l'initiative prise par Dominique Baudis et l'ensemble de ses adjoints d'accompagner l'ensemble de leurs déplacements d'interventions dans la presse locale³³⁸⁹. Permettant de faire connaître l'institution à l'échelon local et de valoriser l'action des délégués territoriaux du Défenseur des droits, cette initiative se révèle particulièrement opportune dès l'instant où, tel qu'il a été souligné précédemment, un classement des plaintes adressées à l'ombudsman spécialisé selon leur origine géographique laisse entrevoir une surreprésentation du centre par rapport à la périphérie³³⁹⁰.

1391. Le recours aux grands médias nationaux et locaux présente toutefois certaines limites. En particulier, l'attrait des médias pour l'action de l'ombudsman, indiscutable en comparaison au désintérêt qui est souvent le leur vis-à-vis de l'activité des autorités indépendantes à compétence sectorielle, demeure circonscrit à certains types d'affaires³³⁹¹ intéressant des sujets relevant de l'ordre du sensible, du dramatique, pour ne pas dire du sensationnel³³⁹².

³³⁸⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 61.

³³⁸⁸ *Ibid.*, p. 62.

³³⁸⁹ *Ibid.*

³³⁹⁰ Afin de remédier à cette disparité d'ordre géographique, il serait également bienvenu que les *ombudsmen* ibériques et français s'inspirent de l'habitude prise par leur homologue finlandais d'organiser, lors de ses visites d'inspection dans les coins les plus reculés du pays, des réunions publiques au sein des municipalités dans le but de permettre, d'une part, aux citoyens d'exposer les problèmes qu'ils rencontrent dans leurs rapports avec l'administration et, d'autre part, à l'institution de se faire plus largement connaître (rapporté par V. Fairén Guillén, *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general), *op. cit.*, p. 51).

³³⁹¹ Sur cette problématique, v. V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 626.

³³⁹² Ce constat n'est d'ailleurs pas spécifique aux droits fondamentaux. A la vérité, c'est bien souvent le propre du champ journalistique, entendu dans son acception sociologique, que de se limiter au sensationnel. En ce sens, le sociologue français Patrick Champagne écrit à propos du traitement des malaises sociaux par les médias : « On pourrait presque dire que l'énumération des "malaises" qui surgissent au fil des semaines dans la presse donne surtout la liste de ce qu'on pourrait appeler les "malaises pour journalistes", c'est-à-dire ceux dont la représentation publique a été explicitement fabriquée pour intéresser les journalistes ou alors ceux qui par soi seuls attirent les journalistes parce qu'ils sont "hors du commun" ou dramatiques ou émouvants et par là commercialement rentables, donc conformes à la définition sociales de l'évènement digne de faire "la une" »

Ainsi, en France, les positions exprimées jusqu'à présent par le Défenseur des droits effectivement relayées par les médias se limitent, pour l'essentiel, à la question du don du sang des personnes homosexuelles, en décembre 2011, et à la problématique des enfants placés au sein des centres de rétention administratifs, en février 2012³³⁹³.

1392. Et lorsque les médias élargissent leur horizon, le choix des affaires médiatisées n'est pas toujours dès plus judicieux. En témoigne, en France également, le tapage médiatique autour de l'affaire dite des « PV injustifiés ». En l'espèce, il s'agissait d'anciens propriétaires qui, ayant cédé leur véhicule et satisfait dans les délais requis à leurs obligations, tant à l'égard de l'administration qu'à celui du nouveau propriétaire, s'étaient vu imputer les contraventions au code de la route commises postérieurement à cette cession ainsi que les amendes associées. A l'origine d'une lettre d'injonction adressée par Dominique Baudis au Premier ministre³³⁹⁴, cette affaire, qui concernait un simple dysfonctionnement de l'administration *stricto sensu*, sans véritable lien avec la question des droits de la personne humaine, si ce n'est relativement ténu, est allée jusqu'à faire l'objet d'un dossier spécial et d'une interview du Défenseur des droits sur le journal télévisé de TF1 de 13 heures³³⁹⁵. Or, une telle médiatisation ne semblait guère justifiée dès l'instant où elle emportait le risque de renvoyer l'image faussée d'une institution poursuivant une fonction davantage orientée vers la résolution des hypothèses de « maladministration » que la défense des droits de la personne humaine.

1393. En outre, et pour finir, il importe de garder à l'esprit que la prudence demeure de mise dans l'utilisation de l'arme médiatique. Car, comme le fait très justement remarquer le professeur Victor Moore, une trop grande disponibilité auprès des médias n'est pas sans danger. A l'instar du juge, « *l'ombudsman doit être impartial et objectif, et préserver une certaine distance, voire une certaine réserve à l'égard des conflits qui mettent aux prises l'Etat et le citoyen* »³³⁹⁶. Aussi convient-il de ne pas tomber dans certains excès qui conduiraient à transformer l'ombudsman « *en imprécateur public pour animer les plateaux de télévision* »³³⁹⁷. Une telle dérive est d'ailleurs observable en Autriche où « *l'ombudsman est à l'origine d'une émission spéciale, diffusée régulièrement à la télévision et intitulée "Une affaire pour l'ombudsman". Chaque émission s'efforce de découvrir les erreurs commises par l'administration dans une affaire particulière et les moyens mis en œuvre pour y remédier. Elle peut également mettre à jour les défauts de la législation qui s'opposent à ce qu'une solution soit apportée par l'ombudsman et causent la déception des plaignants* »³³⁹⁸. De prime abord opportun, un tel usage de l'arme médiatique laisse en réalité craindre à une

(P. Champagne, « La vision médiatique », in P. Bourdieu (Dir.), *La misère du Monde*, Editions du Seuil, 1993, Paris, pp. 95-96). A l'évidence, l'affirmation est aisément transposable au traitement journalistique des questions intéressants les droits et libertés et, *a fortiori*, leur protection par une institution telle que l'ombudsman.

³³⁹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 62.

³³⁹⁴ Sur ce point, le lecteur est invité à se rendre sur le site internet du Défenseur des droits [www.defenseurdesdroits.fr]

³³⁹⁵ [En lignes]. Disponibles sur [<http://lci.tf1.fr>] et [<http://videos.tf1.fr>].

³³⁹⁶ V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 626.

³³⁹⁷ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

³³⁹⁸ V. Moore, « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *op. cit.*, p. 626.

banalisation de la parole de l'ombudsman, voire à une possible instrumentalisation de l'institution par les médias.

1394. Conclusion du Chapitre 1. Conçus pour compléter les mécanismes classiques de garantie, les *ombudsmen* ibériques et français, en dépit d'une configuration institutionnelle spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux, se trouvent, en définitive, affectés d'insuffisances diverses et variées, pour certaines inhérentes à l'institution, pour d'autres d'ordre davantage conjoncturel. Loin de remettre en cause l'apport de l'*human rights ombudsman* aux droits de la personne humaine, de telles carences se révèlent néanmoins susceptibles de desservir l'efficacité de son action. Aussi gagneraient-elles, dans la mesure du possible, à être corrigées. Et ce d'autant plus que ces imperfections communes aux modèles ibérique et français de l'ombudsman spécialisé s'accompagnent d'insuffisances propres à chaque modèle considéré.

Chapitre 2 – Des voies de perfectionnement propres à chaque modèle

1395. En dépit de nombreuses similitudes, les *ombudsmen* ibériques et le Défenseur français, on le sait, ne sauraient véritablement se confondre. Alors que le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se présentent, à de rares exceptions près, comme des jumeaux, le Défenseur des droits, bien qu'inspiré de ces deux institutions, n'en accuse pas moins des différences notables. Par conséquent, l'identification de voies de perfectionnement propres à chaque modèle apparaît somme toute logique.

1396. Venant se greffer aux voies de perfectionnement communes aux modèles français et ibériques de l'*human rights ombudsman*, de telles voies de perfectionnement ne sauraient cependant être placées sur le même plan selon le modèle considéré. En ce sens que les carences spécifiques au Défenseur français se révèlent nettement plus préjudiciables à l'effectivité de sa fonction de défense des droits fondamentaux que celles propres au *Provedor* portugais et au Défenseur espagnol. Et pour cause ! Bien que le Défenseur des droits soit expressément inspiré du Défenseur du Peuple, certaines caractéristiques essentielles du modèle ibérique de l'ombudsman, à l'instar de l'élection du représentant de l'institution à une majorité qualifiée de parlementaires et de l'attribution de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle, demeurent étrangères à l'institution française.

1397. En somme, tandis que les insuffisances propres au *Provedor de Justiça* et au Défenseur du Peuple appellent un aménagement souhaitable du modèle ibérique de l'ombudsman spécialisé, les lacunes spécifiques au Défenseur des droits commandent, pour leur part, une amélioration indispensable du modèle français. Sous couvert de cette précision, une distinction, somme toute logique, s'impose entre, d'un côté, les voies de perfectionnement propres aux *ombudsmen* ibériques (Section 1) et, d'un autre côté, les voies de perfectionnement propres au Défenseur des droits français (Section 2).

Section 1 – Les voies de perfectionnement propres au modèle ibérique

1398. En dehors des insuffisances précédemment identifiées que les *ombudsmen* espagnol et portugais partagent avec le Défenseur français, essentiellement deux facteurs plaident en faveur d'un perfectionnement du modèle ibérique de l'ombudsman : d'une part, l'identification de carences institutionnelles prenant leur source dans les textes fondateurs du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* (§ 1) et, d'autre part, la concurrence de l'activité des *ombudsmen* espagnol et portugais par des autorités similaires (§ 2). Etant entendu que ces deux formes d'insuffisances affectent davantage le Défenseur espagnol que son voisin portugais.

§ 1. Une autorité non juridictionnelle atteinte de carences institutionnelles

1399. Dénoncées avec force par la littérature spécialisée, les carences institutionnelles affectant le modèle ibérique de l'ombudsman divergent sensiblement d'un auteur à un autre, de sorte que, en définitive, de telles insuffisances seraient légions. En réalité, parmi les

différentes lacunes décelées par la doctrine espagnole et portugaise, seules certaines s'avèrent, à notre sens, véritablement fondées. Afin de rendre compte de ces carences, une distinction peut être opérée entre, d'un côté, les insuffisances partagées par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* (A) et, d'un autre côté, les insuffisances spécifiques à l'institution espagnole (B).

A. Des carences institutionnelles partagées par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*

1400. Tous deux mis en place dans un contexte post-dictatorial similaire, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, dont l'apparition sur la péninsule ibérique procède d'une volonté commune aux dirigeants politiques espagnols et portugais de la fin des années 1970 de faciliter le processus de transition vers la démocratie, se distinguent, on l'a suffisamment souligné, en raison d'une configuration institutionnelle quasi identique. Qu'il s'agisse de leur fonction privilégiée de défense des droits et libertés fondamentaux, de leur statut ou, encore, de leurs modalités d'intervention, les *ombudsmen* ibériques se présentent, en effet, comme des jumeaux. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que bon nombre de carences institutionnelles de l'un se retrouvent également chez l'autre. De nature à préjudicier à l'effectivité de la mission de protection des droits fondamentaux confiée au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, de telles carences, susceptibles d'être surmontées par le biais d'une modification des textes de référence espagnols et portugais, sont essentiellement au nombre de deux : l'impossibilité de saisir la juridiction administrative (1), l'obligation de transmettre les plaintes intéressant l'administration de la justice à l'autorité judiciaire compétente (2).

1. L'absence de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction administrative

1401. Susceptible de desservir l'effectivité de leur fonction de protection des droits fondamentaux, l'impossibilité pour le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* de s'adresser à la juridiction administrative se présente, à n'en pas douter, comme une carence institutionnelle à laquelle il serait vivement souhaitable de remédier. Afin de poursuivre l'analyse plus avant, un bref rappel de l'état du droit positif ibérique sur cette question se doit d'être effectué.

1402. Au Portugal, le *Provedor de Justiça*, en dépit de revendications doctrinales en ce sens³³⁹⁹, ne dispose d'aucune prérogative de contestation des actes réglementaires devant le juge administratif. Hormis une faculté d'information du Procureur général de la République de faits constitutifs d'une infraction pénale afin que ce dernier initie les procédures judiciaires adaptées, le *Provedor* se trouve, en réalité, dépourvu de toute compétence semi-contentieuse de saisine du juge ordinaire et, par conséquent, du juge administratif.

³³⁹⁹ Sur ce point, v. par ex. : J. Menéres Pimentel, « *Provedor de Justiça* », *op. cit.*, p. 661.

1403. En Espagne, le Défenseur du Peuple, bien qu'il jouisse de perspectives d'interventions devant le juge ordinaire sensiblement plus étendues que son voisin portugais³⁴⁰⁰, se révèle, à son tour, dans l'impossibilité de s'adresser à la juridiction administrative en vue de porter à sa connaissance d'éventuelles atteintes portées aux droits fondamentaux. Ce n'est pourtant pas les tentatives d'octroi d'une telle faculté qui manquent. Initialement prévue par l'avant projet de Constitution, la possibilité pour le Défenseur du Peuple de saisir la juridiction administrative des atteintes aux droits fondamentaux constatées fut finalement abandonnée à l'occasion du processus constituant, pour être reprise, sans plus de succès, par le législateur lors de l'adoption de loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif du 13 juillet 1998³⁴⁰¹. L'article 18.1 f) du projet de loi attribuait, en effet, au Défenseur du Peuple, aux institutions analogues des communautés autonomes et au Ministère public, la faculté de s'adresser à la juridiction administrative pour la défense des droits et libertés auxquels se réfère l'article 53-2 de la Constitution³⁴⁰². Faculté finalement supprimée à la suite de l'adoption des amendements n° 104 et n° 182³⁴⁰³, le rapport de la commission du Congrès des députés faisant seulement référence à « *la légitimité du Ministère public pour intervenir dans les procès prévus par la loi* »³⁴⁰⁴.

1404. On le voit, les *ombudsmen* ibériques se trouvent dépourvus de toute possibilité d'accès au juge administratif en vue de porter à la connaissance de celui-ci d'éventuelles hypothèses d'atteintes aux droits de la personne humaine. A l'évidence, c'est là une différence de taille avec le Défenseur français³⁴⁰⁵ qui ne manque pas d'alimenter, et ce à juste titre, la critique de l'autre côté des Pyrénées. C'est ainsi que les professeurs Luís Aguiar de Luque et Ascensión Elvira Perales, après avoir rappelé le rôle central joué par la juridiction administrative dans la protection des droits fondamentaux, affirment que « *priver le Défenseur du Peuple de la faculté d'agir auprès des tribunaux revient à lui retirer l'instrument le plus efficace dont il peut disposer en présence d'une hypothèse d'atteinte à un droit constitutionnel où la persuasion, la publicité de ses critiques et l'autorité morale de ses décisions se révèlent insuffisants* »³⁴⁰⁶. Evidemment, cette position ne fait pas l'unanimité³⁴⁰⁷. D'aucuns

³⁴⁰⁰ Le Défenseur du Peuple, on l'a vu, dispose de trois sortes de prérogatives semi-contentieuses de saisine du juge ordinaire : tout d'abord, la faculté, similaire à celle du *Provedor de Justiça*, d'informer le Procureur général de l'Etat des conduites ou des faits apparemment délictueux dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ; ensuite, la possibilité d'introduire des recours d'*habeas corpus* devant le juge d'instruction ; enfin, la capacité à exercer des actions en responsabilité contre les autorités, fonctionnaires et agents du gouvernement et de l'administration.

³⁴⁰¹ Loi n° 29-1998, *op. cit.*

³⁴⁰² Sur ce point, v. *B.O.C.G.* du 18 juin 1997, n° 70.1.

³⁴⁰³ Rapporté par Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 347.

³⁴⁰⁴ En ce sens, v. *Informe de la ponencia y su Anexo*, in *B.O.C.G.* du 10 mars 1998, n° 709.

³⁴⁰⁵ Tel qu'il a déjà été souligné, le Défenseur des droits, aux termes de l'article 33-2 de la loi organique, dispose d'une faculté d'accès au juge ordinaire particulièrement large lui permettant, sans qu'un refus ne puisse lui être opposé, de présenter des observations écrites ou être entendu devant les juridictions civiles, administratives et pénales.

³⁴⁰⁶ L. Aguiar de Luque y A. Elvira Perales, « Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales », *op. cit.*, p. 165.

³⁴⁰⁷ C'est notamment le cas en Espagne où certains auteurs s'opposent à l'attribution de prérogatives semi-contentieuses de saisine du juge ordinaire au Défenseur du Peuple (en ce sens, v. M. Montoro Puerto, « La alternativa Defensor del Pueblo-Ministerio Fiscal en la garantía jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas en España », *R.I.S.A.*, 1980, n° 46, pp. 48 et ss.).

considèrent que donner la possibilité à l'ombudsman de s'adresser au juge administratif s'inscrirait en contradiction avec la magistrature d'influence de l'institution et, ce faisant, entraînerait sa dénaturation³⁴⁰⁸. Cependant, et à l'instar de ce qui a pu être affirmé au sujet des prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle, cette critique n'emporte pas l'adhésion. D'une part, l'éventuelle dénaturation de l'institution demeure largement hypothétique dans la mesure où l'ombudsman se contente de remettre la prise de décision à autrui. D'autre part, donner la possibilité au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* d'impulser le contrôle opéré par le juge administratif, fervent artisan de la protection des droits fondamentaux, s'inscrirait dans la continuité logique de leur fonction privilégiée de défense des droits et libertés. D'ailleurs, la pratique a permis de révéler que l'usage par les *ombudsmen* espagnol et portugais de leurs prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle se trouve à l'origine d'un mouvement jurisprudentiel porteur d'avancées évidentes pour les droits de la personne humaine. En même temps qu'elles permettent de compenser l'absence de pouvoirs contraignants des deux institutions ibériques, de telles prérogatives, qui se présentent comme un catalyseur indiscutable de la garantie juridictionnelle, favorisent, à n'en pas douter, l'instauration d'une étroite collaboration entre l'ombudsman et le juge, source d'enrichissement du contrôle opéré par ce dernier³⁴⁰⁹. Et il y a tout lieu de penser que l'octroi au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* de la faculté de recourir au juge administratif accoucherait d'un enrichissement similaire.

1405. L'impossibilité pour l'*human rights ombudsman* de s'adresser à la juridiction administrative est d'autant moins compréhensible en Espagne que l'institution dispose d'une compétence explicite de saisine du Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours d'*amparo*. Or, la recevabilité de l'*amparo* constitutionnel, on le sait, est, en principe, conditionnée par l'épuisement des voies de recours devant le juge ordinaire. Il y existe donc une véritable incohérence dans le fait d'ériger le Défenseur espagnol en autorité de saisine de la juridiction constitutionnelle dans le cadre du recours d'*amparo* sans lui donner la possibilité de remplir la condition préalable à l'exercice d'un tel recours. Dénoncée avec force par la majorité de la doctrine, cette incohérence trouve son fondement dans l'idée selon laquelle « qui peut le plus peut le moins ». A savoir que si le Défenseur du Peuple est en mesure de saisir le Tribunal constitutionnel de recours d'*amparo*, recours conditionné par l'écoulement des voies de recours de droit commun, il devrait également être susceptible d'accéder à la juridiction administrative, à tout le moins pour dénoncer les atteintes portées aux droits fondamentaux auquel se réfère l'article 53-2 de la Constitution³⁴¹⁰.

³⁴⁰⁸ Cette position est, par exemple, celle défendue par le député Siva Sánchez à l'occasion de l'adoption de la loi de régulation de la juridiction du contentieux-administratif en date du 13 juillet 1998 (rapporté par Á.L. Ortiz González, « Artículo 13 », *op. cit.*, p. 347).

³⁴⁰⁹ Sur l'ensemble de ces questions, v. *supra*, n° 889 et ss.

³⁴¹⁰ En ce sens, v. par ex. : L. Aguiar de Luque y A. Elvira Perales, « Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales », *op. cit.*, p. 168 ; J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », *op. cit.*, p. 2690 ; A. Bar Cendón, « El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español », *op. cit.*, pp. 321 et 352 ; M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 36 ; Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 247 ; M. Robollo, « La justicia administrativa ante el texto constitucional », *R.E.D.A.*, 1978, n° 19, pp. 526 et ss.

1406. Partagée par de très nombreux auteurs, cette approche de la question mérite tout de même d'être nuancée dans la mesure où il a pu être démontré, avec le professeur Luciano Parejo Alfonso, que l'exigence d'épuisement des voies de recours ordinaires ne serait pas nécessairement opposable aux recours d'*amparo* introduits à l'initiative du Défenseur du Peuple puisque ce dernier, lorsqu'il s'adresse au Tribunal constitutionnel, ne cherche pas, à l'inverse du particulier, la satisfaction d'une prétention subjective mais la réintégration de la sphère protégée par le droit fondamental violé. En somme, le Défenseur du Peuple, parce qu'il poursuit une fonction de défense objective des droits fondamentaux, serait libéré de l'exigence de recours préalable devant le juge ordinaire qui ne s'explique, dans le cadre des recours introduits par les particuliers, qu'en raison du caractère subjectif des intérêts qu'ils entendent défendre, dont le juge ordinaire, à la différence du Tribunal constitutionnel, se présente comme le protecteur naturel.

1407. Quoi qu'il en soit, et en dehors de la spécificité de la situation espagnole, il demeure évident que l'octroi de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction administrative aux *ombudsmen* ibériques, ne serait-ce qu'en raison de leur fonction privilégiée de défense des droits de la personne humaine, s'avère plus que nécessaire. Reste, en définitive, à déterminer les modalités d'exercice de telles prérogatives. Car, aussi nécessaire soit-il, l'octroi à l'*human rights ombudsman* de la faculté de s'adresser au juge administratif emportent un risque non négligeable de blocage institutionnel³⁴¹¹. Le danger, inhérent à l'attribution d'une telle compétence, résidant, évidemment, dans une augmentation difficilement maîtrisable du nombre de réclamations adressées à l'ombudsman et, par là-même, un encombrement de l'institution. En ce sens que les citoyens, soucieux de donner plus de poids aux actions contentieuses qu'ils entreprennent, risquent de solliciter en permanence le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* afin de recourir à la juridiction administrative par leur intermédiaire³⁴¹². C'est pourquoi l'attribution de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction administrative aux *ombudsmen* ibériques doit être assortie de conditions d'utilisation relativement strictes.

1408. Sur le plan des normes protégées, tout d'abord, l'ontologie de l'*human rights ombudsman* commande de limiter l'usage de ces prérogatives à la seule défense des droits fondamentaux. Etant entendu qu'en Espagne, la compétence du Défenseur du Peuple en matière d'*amparo* constitutionnel justifierait que soit opérée une distinction entre, d'un côté, une faculté de saisine du juge administratif des atteintes portées à l'ensemble des droits et libertés protégés par le titre premier de la Constitution dans le cadre de la procédure ordinaire et, d'un autre côté, une compétence de saisine du juge administratif des atteintes aux seuls droits et libertés protégés par l'article 53-2 de la Constitution dans le cadre de la procédure sommaire et prioritaire³⁴¹³.

³⁴¹¹ L. Aguiar de Luque y A. Elvira Perales, *op. cit.*, p. 170.

³⁴¹² *Ibid.*, pp. 168-169.

³⁴¹³ L. Aguiar de Luque y A. Elvira Perales, « Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales », *op. cit.*, pp. 174-176. Certains auteurs, à l'instar du professeur José Luis Carro Fernández-Valmayor, proposent toutefois de limiter la faculté du Défenseur du Peuple de s'adresser au juge administratif à la seule défense des droits et libertés prévues par l'article 53-2 de la Constitution, en somme aux seuls droits et

1409. S'agissant des actes contrôlés, ensuite, la proposition avancée par les professeurs Luís Aguiar de Luque et Ascensión Elvira Perales, consistant à ouvrir l'accès à la juridiction administrative pour la seule contestation des dispositions et actes de portée générale, c'est-à-dire les actes administratifs qui ont pour destinataires une pluralité de sujets indéterminés, apparaît intéressante³⁴¹⁴. En tant qu'elle exclut les décisions s'adressant à une ou plusieurs personnes nominativement désignées, une telle solution permet, en effet, de prévenir une éventuelle dénaturation de l'ombudsman en avocat des citoyens et, dans le même temps, un flot trop important de plaintes. Elle se présente, en somme, comme la solution la plus adaptée à la fonction de protection objective des droits fondamentaux poursuivie par l'institution.

1410. Enfin, et à l'instar de leurs prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* doivent demeurer les seuls décisionnaires de la mise en œuvre de leur faculté d'action devant le juge administratif et, dans la mesure du possible, user de cette faculté seulement en dernier recours, c'est-à-dire lorsque leurs attributions classiques de persuasion de l'administration se sont révélées inefficaces.

2. L'obligation de transmission des plaintes intéressant l'administration de la justice à l'autorité judiciaire compétente

1411. Suscitant de vives critiques de l'autre côté des Pyrénées³⁴¹⁵, l'obligation faite au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* de transmettre les plaintes intéressant l'administration de la justice à l'autorité judiciaire compétente, ne saurait, en réalité, être placée sur le même plan que les deux carences précédemment identifiées. Tandis que l'absence d'effet suspensif de la saisine de l'ombudsman sur les délais de prescription des autres voies de recours et l'impossibilité pour les *ombudsmen* espagnol et portugais de saisir le juge administratif emportent, dans une certaine mesure, le risque de paralyser leur action, l'impossibilité pour les deux institutions ibériques de résoudre directement les réclamations relatives au mauvais fonctionnement de la justice dont elles sont saisies ne saurait les priver de toute possibilité d'intervention. Car, outre que rien n'empêche le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, lorsqu'ils transmettent une plainte mettant en cause la qualité de la justice rendue par une juridiction, d'assortir cette dernière d'une recommandation en vue de préciser la solution qu'ils jugent opportune à adopter, les *ombudsmen* espagnol et portugais peuvent toujours s'adresser aux autorités normatives en vue de suggérer la modification des dispositions législatives ou réglementaires intéressant l'administration de la justice. De plus, il a pu être souligné que la doctrine espagnole s'accorde pour parler d'une collaboration

libertés susceptibles de faire l'objet d'un recours d'*amparo* (« Defensor del Pueblo y Administración Pública », *op. cit.*, p. 2691).

³⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 178-179.

³⁴¹⁵ En ce sens, v. not. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Defensor del Pueblo y Administración Pública », *op. cit.*, p. 2685 ; Á. Gil-Robles, in A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 53 ; A. Pérez Calvo, « Artículo 54. El Defensor del Pueblo », in *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1984, p. 526.

fructueuse entre le Défenseur du Peuple et les autorités judiciaires compétentes pour connaître des plaintes relatives au service public de la justice³⁴¹⁶.

1412. Conçu pour sauvegarder l'indépendance formelle du pouvoir judiciaire, ce tempérament à la compétence extensive de surveillance de l'administration attribuée à l'ombudsman spécialisé, prévu, on le rappelle, par l'article 13 de la loi organique du Défenseur du Peuple et l'article 22-3 du statut du *Provedor de Justiça*, ne saurait, pour autant, être exempt de toutes critiques. Refuser à une institution spécialement aménagée pour protéger les droits et libertés contre l'action de l'administration et jouissant d'un haut degré d'indépendance d'enquêter sur les plaintes attestant d'une mauvaise administration de la justice ne manque pas d'interpeller. Et ce à plus forte raison lorsque la résolution de ces plaintes relève, en définitive, de la seule compétence d'un organisme appartenant, précisément, au même corps que le service public mis en cause³⁴¹⁷. A l'évidence, une telle procédure laisse inévitablement craindre à un déficit d'objectivité et d'impartialité dans le traitement des réclamations adressées au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* faisant état de dysfonctionnements dans la façon d'administrer la justice. Sans compter qu'historiquement la compromission du système judiciaire avec les régimes autoritaires franquiste et salazariste aurait dû justifier l'octroi aux *ombudsmen* ibériques de la faculté de connaître directement des réclamations intéressant l'administration de la justice³⁴¹⁸. Contaminée par la philosophie de l'ancien régime, l'autorité judiciaire, spécialement en Espagne où la transition démocratique s'est effectuée sans épuration, constitue une potentielle source d'atteintes aux droits et libertés fondamentaux lors du retour de la démocratie de l'autre côté des Pyrénées. Dans ces conditions, confier le traitement des plaintes intéressant l'administration de la justice à l'autorité judiciaire elle-même n'était pas des plus opportuns. La logique aurait, au contraire, voulu qu'une telle compétence soit attribuée aux *ombudsmen* ibériques. Procédant d'une volonté originelle des dirigeants politiques espagnols et portugais de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit et, surtout, d'en assurer l'implantation à la sortie d'une période de dictature longue de près d'un demi-siècle, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, on le sait, ont activement contribué, lors de leurs premières années d'activité, à la sensibilisation des pouvoirs publics, dont l'autorité judiciaire, aux exigences des droits fondamentaux. Leur octroyer une compétence de résolution des plaintes intéressant l'administration de la justice aurait, par conséquent, encouragé cette entreprise de revalorisation des systèmes judiciaires espagnol et portugais.

1413. Par ailleurs, et pour finir, il importe de constater que la collaboration entre le Défenseur espagnol et les autorités judiciaires compétentes pour connaître des réclamations intéressant l'administration de la justice, aussi fructueuse soit-elle, n'en demeure pas moins assez limitée. La faute à la rédaction de l'article 13 de la loi organique du 6 avril 1981 qui, au lieu d'autoriser le Défenseur du Peuple à transmettre directement au Conseil général du pouvoir judiciaire les plaintes relevant de sa compétence, à savoir celles qui affectent le

³⁴¹⁶ Sur l'ensemble de ces questions, v. *supra*, n° 945-946.

³⁴¹⁷ En ce sens, v. Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, op. cit., p. 283.

³⁴¹⁸ Sur ce point, v. Á. Gil-Robles, in A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 53.

fonctionnement des organes juridictionnels ou leurs agents, l'oblige à remettre l'ensemble des réclamations relatives à l'administration de la justice au Ministère public qui, en fonction de leur teneur, prend les mesures pertinentes ou les transmet au Conseil général. Or, comme le fait remarquer le professeur Álvaro Gil-Robles, « *bien souvent, le Procureur ne dispose pas de plus d'informations que celles qu'il sollicite de la part des organes juridictionnels, et devient ainsi la courroie de transmission des plaintes reçues du Défenseur du Peuple. Ce système ne facilite pas les recherches mais, au contraire, surcharge le Procureur de tâches supplémentaires, accroissant, par voie de conséquence, le poids de la bureaucratie* »³⁴¹⁹. Il s'avère, de surcroît, porteur d'une interrogation quant à l'attitude que doit adopter le Défenseur du Peuple lorsqu'il se trouve saisi d'une plainte mettant en cause le Ministère public lui-même³⁴²⁰. Dans ces conditions, on comprend qu'à ce jour presque tous les groupes parlementaires aient demandé, à la suite du magistrat Carlos Granados Pérez³⁴²¹, une modification de l'article 13 de la loi organique du Défenseur du Peuple afin que celui-ci puisse adresser directement au Conseil général du pouvoir judiciaire les plaintes relevant de sa compétence³⁴²². En vain toutefois. Comme le soulignait déjà le professeur Álvaro Gil-Robles en 1992 : « *il paraît hautement improbable que soit débattue la proposition tendant à ce que le Défenseur remette directement au Conseil général du pouvoir judiciaire les plaintes qui relèvent de sa compétence, même si le Conseil y est favorable* »³⁴²³. En pratique, le Défenseur du Peuple et le Conseil général du pouvoir judiciaire ont néanmoins très rapidement décidé, d'un commun d'accord, que les plaintes dont le Conseil est habilité à connaître lui seraient directement transmises par le Défenseur³⁴²⁴.

1414. Présentant une configuration institutionnelle quasi identique, les *ombudsmen* espagnol et portugais partagent, en définitive, un certain nombre de lacunes que sont l'impossibilité, d'une part, de saisir la juridiction administrative et, d'autre part, de connaître par eux-mêmes des plaintes intéressant l'administration de la justice. Préjudiciables à l'effectivité de la fonction de défense des droits fondamentaux poursuivie par les deux institutions, de telles insuffisances gagneraient, de toute évidence, à être corrigées. D'autant qu'à ces carences institutionnelles communes au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* s'ajoutent des imperfections spécifiques à l'institution espagnole.

B. Des carences institutionnelles spécifiques au Défenseur du Peuple

1415. Exception faite de la problématique, déjà évoquée, de l'appartenance du *Provedor de Justiça* au Conseil d'Etat, les lacunes affectant l'ombudsman portugais se limitent, pour l'essentiel, aux deux imperfections également partagées par son homologue espagnol. En Espagne, en revanche, le Défenseur du Peuple accuse, de surcroît, des insuffisances qui lui

³⁴¹⁹ Á. Gil-Robles, « Le Défenseur du Peuple espagnol et la justice », *op. cit.*, p. 663.

³⁴²⁰ En ce sens, v. Á. Gil-Robles, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, *op. cit.*, p. 283 ; C. Granados Pérez, « Defensor del Pueblo y administración de justicia (La supervisión de la administración de justicia) », *op. cit.*, p. 245.

³⁴²¹ *Ibid.*, p. 248.

³⁴²² Rapporté par Á. Gil-Robles, *op. cit.*, p. 283.

³⁴²³ *Ibid.*

³⁴²⁴ *Ibid.*

sont propres. En somme, le Défenseur espagnol, en dépit d'une configuration institutionnelle quasi identique à celle du *Provedor de Justiça*, présente davantage de carences que son voisin portugais. Trouvant essentiellement leur origine dans la loi organique du Défenseur du Peuple, laquelle est souvent présentée, par la doctrine espagnole, comme l'unique responsable des incohérences et des imperfections actuelles de l'institution³⁴²⁵, ces insuffisances exigeraient une intervention du législateur. A ce titre, il est regrettable que ce dernier n'ait pas davantage tenu compte des travaux publiés en 1992 à la suite de la journée d'étude, organisée la même année, sur le thème : *Dix années de loi organique du Défenseur du Peuple. Problèmes et perspectives*³⁴²⁶. S'inscrivant dans le cadre des toutes premières activités de la chaire d'études Joaquín Ruiz-Giménez sur le Défenseur du peuple, cette journée d'étude s'était fixée pour objectif de débattre des éventuelles modifications à apporter à la loi organique du Défenseur du Peuple, telle que cette dernière le prévoit dans sa disposition transitoire³⁴²⁷. Or, bien que de nombreuses imperfections furent pointées du doigt, la seule modification apportée à la loi organique cette année-là fut la création de la commission mixte Congrès-Sénat des relations avec le Défenseur du peuple³⁴²⁸.

1416. Evidemment, l'ensemble des lacunes affectant le Défenseur du Peuple ne sauraient être imputées à la loi organique du 6 avril 1981. Certaines résultent, plus largement, des spécificités propres au système juridique espagnol. C'est par exemple le cas du déficit d'efficacité des prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel dont jouit le Défenseur du Peuple en vue de remédier aux omissions des autorités normatives en charge de la concrétisation des droits fondamentaux. A l'inverse du *Provedor de Justiça*³⁴²⁹, le Défenseur du Peuple dispose seulement de la possibilité de remédier aux hypothèses d'omissions législatives partielles, c'est-à-dire les situations où le législateur intervient mais ne réalise pas ou mal l'exigence de concrétisation de la norme constitutionnelle, en saisissant le Tribunal constitutionnel d'un recours en inconstitutionnalité. Or, il s'agit là d'une carence inhérente au système espagnol de justice constitutionnelle, tenant à l'absence, en Espagne, de recours en inconstitutionnalité par omission équivalent au recours portugais, et non pas à la configuration institutionnelle du Défenseur du Peuple.

1417. Sous couvert de cette précision, le Défenseur du Peuple accuse principalement trois séries d'insuffisances étrangères à son voisin portugais. Emportant des conséquences plus ou moins néfastes du point de vue de la fonction de défense des droits de la personne humaine poursuivie par l'institution, ces lacunes tiennent, tout d'abord, à la limitation de la recevabilité

³⁴²⁵ Pour une approche critique de la loi organique du Défenseur du Peuple, v. not. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., pp. 43-48 et 183 ; *El Defensor del Pueblo y la Administración : mesa redonda organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo, Madrid I, 2 et 6 juillet 1981*, op. cit., pp. 113 et ss.

³⁴²⁶ *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, op. cit.

³⁴²⁷ Cette disposition transitoire dispose en effet : « *À l'issue d'une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le Défenseur du Peuple pourra proposer aux Cortès générales, dans un rapport motivé, toutes les modifications devant à son sens être introduites dans la loi* ».

³⁴²⁸ En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 99.

³⁴²⁹ La faculté du *Provedor de Justiça* de saisir la juridiction constitutionnelle dans le cadre du recours en inconstitutionnalité par omission lui permet, en effet, de dénoncer les omissions législatives totales.

des plaintes adressées au Défenseur du Peuple à un délai d'un an à compter de la survenance des faits (1), ensuite, à l'existence de retards réguliers dans le processus de nomination du représentant de l'institution (2) et, enfin, à l'impossibilité pour le Défenseur de connaître des atteintes portées aux droits fondamentaux dans leurs rapports horizontaux entre personnes privées (3).

1. L'irrecevabilité des plaintes au-delà d'un délai d'un an à compter de la survenance des faits

1418. En contradiction avec la flexibilité et l'informalité de la protection non juridictionnelle, la limitation de la recevabilité des plaintes adressées au Défenseur du Peuple à un délai d'un an à compter de la survenance des faits³⁴³⁰ ne laisse pas d'interroger quant à sa justification³⁴³¹. A la vérité, cette limite d'ordre temporel à l'intervention du Défenseur du Peuple manque d'autant plus de sens que ce délai ne joue plus lorsque le Défenseur agit de sa propre initiative ou à la demande d'un parlementaire³⁴³². Indépendamment du fait qu'elle ne convainc pas véritablement, une telle limitation de l'action du Défenseur espagnol, en tant qu'elle s'inscrit en contradiction avec le principe d'imprescriptibilité des droits fondamentaux³⁴³³, se révèle fortement critiquable. En outre, son application pratique ne va pas sans soulever quelques difficultés, notamment pour ce qui est de déterminer le point de départ du délai³⁴³⁴. Un problème se présente notamment s'agissant des actes administratifs implicites, c'est-à-dire des actes résultant du silence gardé par l'administration³⁴³⁵, et, surtout, des hypothèses de violation des droits fondamentaux n'étant pas imputables à une disposition normative mais à un comportement des agents de l'Etat. On est toutefois en droit d'espérer, avec le professeur Álvaro Gil-Robles, que le Défenseur, s'il se trouve saisi d'une plainte adressée hors délai faisant état d'une violation manifeste d'un droit fondamental, usera de sa faculté d'action d'office pour y remédier³⁴³⁶.

³⁴³⁰ L'article 15-1 de la loi organique du Défenseur du Peuple dispose, en effet, que « toute plainte doit être présentée [...] dans le délai maximum d'un an à compter du moment où l'intéressé a pris connaissance des faits objets de celle-ci ».

³⁴³¹ En ce sens, v. not. : M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, op. cit., pp. 84-85 ; L. Parejo Alfonso, « El Defensor del Pueblo como institución de control de la administración pública (contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones) », op. cit., p. 117.

³⁴³² Á. Gil-Robles, *El Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 95.

³⁴³³ Sur ce point, v. L. Parejo Alfonso, op. cit., p. 117.

³⁴³⁴ Cette problématique est notamment pointée du doigt par J.L. Carro Fernández-Valmayor, in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, op. cit., p. 140.

³⁴³⁵ En ce sens, v. F.M. Bruñén Barberá, « Artículo 15 », in A. Rovira Viñas (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, op. cit., p. 408.

³⁴³⁶ Á. Gil-Robles, in *Catedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, op. cit., pp. 149-150.

2. La survenance de vacances prolongées de la fonction de Défenseur du Peuple lors de la nomination d'un nouveau représentant

1419. Intimement liée à la lourdeur du dispositif de nomination du Défenseur du Peuple, l'existence de retards dans le processus de désignation du représentant de l'institution ne saurait être appréhendée sans effectuer un bref rappel des modalités de fonctionnement d'un tel dispositif. Reposant, à l'instar du *Provedor de Justiça*³⁴³⁷, sur un système de désignation par une majorité renforcée de parlementaires, la procédure d'élection du Défenseur du Peuple se distingue toutefois de celle de son homologue portugais en raison d'une complexité à laquelle la structure bicamérale du Parlement espagnol n'est pas étrangère. Prévue par l'article 2 de la loi organique du 6 avril 1981, cette procédure, on le sait, postule que, dans un délai non supérieur à un mois à compter de la vacance de la fonction, la commission mixte Congrès-Sénat chargée des relations avec le Défenseur du Peuple soumette la ou les candidatures retenues, à l'issue d'une motion adoptée à la majorité simple des voix, au vote du Congrès des députés. Pour être élu, le candidat doit obtenir le vote favorable des trois cinquièmes des membres du Congrès, après quoi son élection doit être entérinée à la même majorité par le Sénat dans le délai maximum de vingt jours. Si le nombre de voix suffisant n'est pas atteint, le processus est relancé, à commencer par une nouvelle session de la commission mixte. Cette dernière doit formuler, dans le délai maximum d'un mois, des propositions nouvelles, lesquelles doivent à leur tour obtenir le soutien des trois cinquièmes des membres du Congrès et la majorité absolue au Sénat. Finalement, la nomination est confirmée conjointement par les signatures des présidents du Congrès et du Sénat.

1420. On ne peut plus complexe, un tel système de nomination encourage, de toute évidence, des périodes de vacances prolongées de la fonction de Défenseur du Peuple à l'occasion de chaque processus de nomination d'un nouveau titulaire. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrit le professeur Álvaro Gil-Robles lorsqu'il affirme que « *les tensions entre les partis politiques ont abouti à ce que l'élection du Défenseur du peuple puisse être retardée pendant des mois et même jusqu'à une année entière, laissant pendant ce temps à un adjoint l'exercice par intérim des fonctions du Défenseur du Peuple* »³⁴³⁸. La nomination de l'actuelle Défenseuse du Peuple en est une illustration éclatante. Officialisée le 21 juillet 2012³⁴³⁹, la désignation de Soledad Becerril Bustamante à la tête de l'institution est effectivement intervenue plus de deux ans après l'expiration du mandat d'Enrique Múgica Herzog, le 30 juin 2010. De même, par le passé, dix-neuf mois se sont écoulés entre l'expiration du mandat du deuxième représentant de l'institution, Álvaro Gil-Robles, et l'élection de son successeur Fernando Álvarez de Miranda y Torres³⁴⁴⁰. Pour le moins excessifs, de tels délais de renouvellement emportent un risque non négligeable de dégradation de l'image de l'institution auprès de l'opinion publique. L'incapacité des représentants de la nation de s'entendre, dans un délai raisonnable, au sujet de l'élection de la personnalité appelée à

³⁴³⁷ Au Portugal, le *Provedor de Justiça* est élu à la majorité qualifiée des deux tiers des députés présents à l'Assemblée de la République, sous réserve qu'elle soit supérieure à la majorité absolue des députés effectivement en fonction.

³⁴³⁸ Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 485.

³⁴³⁹ *B.O.E.* du 21 juillet 2012, p. 52509.

³⁴⁴⁰ Rapporté par M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 192.

devenir l'un des principaux défenseurs des droits des citoyens se révèle, en effet, susceptible de nuire à la crédibilité de l'institution du Défenseur du Peuple³⁴⁴¹. Bien entendu, l'institution, représentée par le premier adjoint, continue de fonctionner. Mais le premier adjoint, nommé par le Défenseur du Peuple après avis conforme de la commission mixte, jouit, par définition, d'une légitimité et d'une autorité inférieure à celle du Défenseur élu à la majorité renforcée des membres du Sénat et du Congrès des députés. C'est pourquoi une frange non négligeable de la doctrine milite pour que, à l'expiration du mandat du représentant de l'institution, l'intérim des fonctions du Défenseur du Peuple soit assuré par le Défenseur lui-même et non pas par son premier adjoint³⁴⁴². Loin de faire l'unanimité³⁴⁴³, une telle solution a toutefois été privilégiée par de nombreuses communautés autonomes, à l'image du Pays-Basque, de la Catalogne ou, encore, des Baléares, ayant réceptionné l'institution du Défenseur du Peuple³⁴⁴⁴.

1421. Plus largement, certains auteurs, soucieux de prévenir le risque de vacances prolongées de la fonction de Défenseur du Peuple à l'occasion de chaque processus de nomination d'un nouveau titulaire, en appellent à une modification urgente des dispositions de la loi organique du Défenseur du Peuple relatives à la procédure d'élection de son représentant. Et, de toute évidence, ce ne sont pas les solutions qui manquent. Une première solution, défendue par le professeur Martin Bassols Coma, serait de remplacer l'actuel système d'élection à une majorité qualifiée des trois cinquièmes par un système d'élection du représentant de l'institution à la majorité absolue. Etant entendu que des aménagements sont envisageables. Maintenir, par exemple, la majorité qualifiée des trois cinquièmes devant le seul Congrès des députés ou, encore, procéder à une première élection à la majorité qualifiée des trois cinquièmes et réserver l'élection à la majorité absolue si cette première tentative se révèle infructueuse³⁴⁴⁵. Mais quelle que soit l'option retenue, cette solution n'est pas sans danger. Elle emporte le risque d'une remise en cause de l'indépendance du représentant de l'institution à l'égard des partis politiques si d'aventure une faction politique dispose de la majorité absolue des sièges au Parlement. Une seconde solution, très certainement préférable à la précédente, dans la mesure où elle atténuerait le risque de vacance prolongée de l'institution à l'occasion de chaque nouvelle élection de son représentant, consisterait à imposer aux partis politiques de se mettre d'accord sur une personnalité dans un délai maximum³⁴⁴⁶.

1422. En toute hypothèse, on ne saurait nier que, indépendamment de toute modification de la loi organique du Défenseur du Peuple sur ce point, une prise de conscience de l'organe

³⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 193.

³⁴⁴² En ce sens, v. entre autres : M. García Álvarez, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 71 ; A. Pérez Calvo et J. Enériz Olaechea, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 72 ; M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, pp. 233-234 ; F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, pp. 55-57.

³⁴⁴³ Sont, par exemple, opposés à une modification de la loi organique du Défenseur du Peuple sur ce point les professeurs Luis Aguiar de Luque, Francisco J. Bastida Freijedo et Alvaro Gil-Robles (en ce sens, v. « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 68-72.

³⁴⁴⁴ Rapporté par M. Pérez-Ugena y Coromina, *op. cit.*, p. 234.

³⁴⁴⁵ M. Bassols Coma, *in* « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 71.

³⁴⁴⁶ Solution proposée par M. Pérez-Ugena y Coromina, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 194.

parlementaire est également souhaitable. Car, à la vérité, la survenance de retards dans l'élection du Défenseur du Peuple tient tout autant à l'existence de politiques d'affrontements entre les partis dans le seul but de nommer une personnalité réputée proche de leurs idées politiques. Signes d'une grave irresponsabilité politique, de telles politiques partisans, qui viennent s'ajouter à la complexité du système de nomination du Défenseur du Peuple, se présentent comme un obstacle supplémentaire à l'émergence d'un consensus et, ce faisant, à l'élection du représentant de l'institution dans un délai raisonnable³⁴⁴⁷. Sans compter que, « lorsque [les parlementaires] arrivent à un accord sur une personne, il semblerait que les critères de sélection ne correspondent pas toujours à l'idéal de ce que devrait être et représenter le ou la responsable d'une institution comme celle-ci mais plutôt au résultat de pactes et d'arrangements, souvent opaques, entre partis »³⁴⁴⁸.

3. L'impossibilité de connaître des effets horizontaux des droits fondamentaux

1423. Fidèle, sur ce point, au modèle originel de l'ombudsman scandinave, le Défenseur du Peuple se trouve dépourvu, à l'inverse du *Provedor de Justiça* et, surtout, du Défenseur des droits³⁴⁴⁹, de toute compétence pour connaître des rapports entre personnes privées mettant en jeu les droits fondamentaux. Hormis une faculté, mise en avant par le professeur Guillermo Escobar Roca, d'adresser une recommandation à l'Etat lorsque celui-ci est directement responsable d'une violation d'un droit fondamental causée par un particulier³⁴⁵⁰, le Défenseur espagnol ne saurait, en effet, intervenir dans les litiges impliquant exclusivement des personnes privées. Evidemment, la solution privilégiée par la France et le Portugal peut, *a priori*, surprendre tant elle semble s'inscrire en contradiction avec la conception traditionnelle de l'ombudsman. Organe de surveillance de l'action de l'administration en vue de prévenir ou de corriger les éventuels dysfonctionnements susceptibles d'affecter cette dernière, l'ombudsman, entendu dans son acception originelle, poursuit effectivement une mission, par définition, étrangère aux litiges susceptibles de se nouer entre les personnes privées.

1424. Octroyer au Défenseur espagnol la faculté de connaître de ces différends n'en demeure pas moins souhaitable dès l'instant où l'institution se voit confier une fonction privilégiée de défense des droits fondamentaux. Car il n'est pas inconnu que les droits fondamentaux ne produisent pas seulement des « effets verticaux » entre les pouvoirs publics et les individus. Au contraire, dès lors que le champ social se présente comme le lieu d'exercice naturel des droits fondamentaux³⁴⁵¹, ces derniers produisent également des « effets horizontaux » dans les

³⁴⁴⁷ Sur ces questions, v. Á. Gil-Robles, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 72.

³⁴⁴⁸ Á. Gil-Robles, « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 485.

³⁴⁴⁹ En ce sens, v. *supra*, n° 561 et ss.

³⁴⁵⁰ Dans une telle hypothèse, le Défenseur du Peuple accepte d'intervenir au motif que l'Etat, en plaçant, en raison de son action ou de son inaction, la personne privée dans la situation de commettre la violation constatée, a manqué à son devoir, que lui impose la théorie de la *Drittwirkung*, de protéger les citoyens contre les violations de leurs droits fondamentaux occasionnées par d'autres particuliers. Il s'agit en réalité d'une responsabilité pour omission de l'Etat (en ce sens, v. G. Escobar Roca, « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 255).

³⁴⁵¹ D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 24.

rapports entre personnes privées. En somme, parce que « *la liberté ne se conçoit réellement que par rapport aux autres hommes et au sein de la société* »³⁴⁵², les droits fondamentaux occupent une place centrale dans les relations purement privées. Or, à l'instar des rapports entre l'Etat et les citoyens, les relations entre personnes privées sont également génératrices, en pratique à tout le moins, de rapports de domination à l'origine de violations des droits fondamentaux. Ce faisant, refuser la possibilité à une institution telle que le Défenseur du Peuple, spécialement aménagée pour garantir l'effectivité des droits de la personne humaine, de connaître des « effets horizontaux » des droits fondamentaux ne manque pas de surprendre. *A fortiori* lorsque les études spécialisées sur la question de la *Drittwirkung* mettent en avant qu'il appartient au premier chef à l'Etat et, partant, aux organes de garantie qui composent l'appareil étatique, de garantir l'effectivité des droits et libertés dans les rapports entre personnes privées³⁴⁵³.

1425. Aussi ne sera-t-on guère étonnés de constater qu'à l'occasion de ses premières années d'activité, le Défenseur du Peuple s'est trouvé saisi d'un nombre particulièrement élevé de plaintes dénonçant des hypothèses de violations des droits fondamentaux dans le cadre de rapports strictement privés. C'est ainsi qu'en 1985, le premier titulaire de la fonction, Joaquín Ruiz Giménez-Cortés, écrivait : « *approximativement 50% des plaintes que reçoit l'institution du Défenseur du Peuple ne relèvent pas de notre domaine de compétence légale ; il s'agit de problèmes d'ordre juridico-privé* »³⁴⁵⁴. S'expliquant très certainement en raison d'un déficit de connaissance de l'institution nouvellement mise en place, ces chiffres n'en reflètent pas moins une demande de prise en charge de la protection horizontale des droits fondamentaux par le Défenseur du Peuple. D'ailleurs, la doctrine espagnole elle-même ne semble pas farouchement opposée à l'octroi d'une telle compétence, puisqu'à l'occasion d'une récente enquête relative au Défenseur du Peuple, publiée dans la revue *Teoría y realidad constitucional*, la majorité des auteurs ont répondu favorablement à la question de savoir s'ils estiment possible et/ou opportun d'étendre les compétences du Défenseur du Peuple aux services publics privatisés³⁴⁵⁵. Evidemment, l'Etat conserve généralement un droit de regard sur les services ainsi privatisés, lesquels demeurent astreints à la satisfaction d'une mission de service public. Il n'empêche que de telles positions doctrinales témoignent, sans nul doute, d'une prise de conscience quant à la nécessité d'étendre la compétence du Défenseur du Peuple au-delà des seuls organes de l'Etat *stricto sensu*.

1426. D'un point de vue pratique, par ailleurs, l'activité des *ombudsmen* français et portugais relative à la protection des droits fondamentaux dans le cadre des rapports entre personnes privées se trouve à l'origine d'avancées notables. En France, notamment, les premiers mois d'activité du Défenseur des droits offrent de nombreux exemples d'interventions décisives de l'institution dans le domaine des relations de travail. Le Défenseur a ainsi eu à connaître de la situation d'une ingénieure analyste informatique dans une société de services informatiques

³⁴⁵² *Ibid.*

³⁴⁵³ *Ibid.*, pp. 277 et ss.

³⁴⁵⁴ J. Ruiz-Giménez Cortés, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », *op. cit.*, p. 327.

³⁴⁵⁵ En ce sens, v. « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, pp. 64-68.

s'estimant victime, lors de son retour de congé maternité, de discrimination en raison de sa grossesse. Tandis qu'en février 2001, c'est-à-dire au moment de son départ en congé maternité, l'intéressée occupait le poste de chargée de formation au sein de la direction des ressources humaines, à sa reprise en congé parental d'éducation à 80% en octobre 2001, elle ne retrouve pas complètement son poste et effectue des missions ponctuelles, pour ne réintégrer son entité d'origine que 2 ans et demi plus tard. Sa carrière s'en trouvant ralentie, l'employée saisit le Défenseur des droits dont l'enquête révèle qu'au sein de la société en cause il existe des différences de traitement entre les hommes et les femmes à niveau de compétence et de formation égales. Le Défenseur en conclut que la réclamante a fait l'objet d'une discrimination fondée sur sa grossesse à son retour de congé maternité et d'une discrimination en matière de carrière et de rémunération fondée sur son sexe. Il transmet ses observations au conseil des prud'hommes de Nanterre qui condamne, par un jugement de départage du 3 février 2012, la société à verser plus de 113 000 euros de dommages et intérêts toutes causes confondues à la plaignante³⁴⁵⁶. Plus récemment, le Défenseur des droits, saisi d'une hypothèse de rupture de période d'essai d'une employée engagée en qualité d'hôtesse d'accueil au sein d'un restaurant, à la suite de remarques de certains clients concernant sa couleur de peau, a fait savoir, le 25 octobre 2012, après avoir recueilli au cours de l'enquête des éléments permettant de caractériser le délit de discrimination, prévu et réprimé par les articles 225-1 et 225-23 du code pénal, sa décision de transmettre le dossier au parquet territorialement compétent³⁴⁵⁷.

1427. De toute évidence, ces quelques exemples, parmi d'autres, confirment l'opportunité de confier à l'*human rights ombudsman* la possibilité de connaître des atteintes portées aux droits fondamentaux dans le cadre de rapports strictement privés. Reste à s'interroger sur la forme que devrait prendre l'attribution d'une telle compétence au Défenseur du Peuple espagnol. A la vérité, la solution retenue par le Portugal, consistant à limiter la compétence du *Provedor de Justiça* aux seules relations entre particuliers traduisant une relation spéciale de domination³⁴⁵⁸, semble préférable au système français autorisant le Défenseur des droits à connaître de l'ensemble des rapports entre personnes privées impliquant les droits fondamentaux. Limiter la compétence du Défenseur du Peuple aux seules relations de pouvoir ou de dépendance entre personnes privées, similaires à celles que l'on peut trouver au sein des rapports entre citoyens et pouvoirs publics, devrait, en effet, permettre de prévenir le risque pour l'institution de se trouver submergée de réclamations faisant état de différends entre particuliers. Source d'encombrement de l'institution, une profusion de plaintes dénonçant des hypothèses de violations de droits fondamentaux commises par des personnes privées emporterait, de surcroît, le danger de convertir le Défenseur du Peuple en médiateur exclusif des conflits entre personnes privées au détriment de sa fonction première de protection des droits et libertés contre l'action de l'administration³⁴⁵⁹.

³⁴⁵⁶ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁴⁵⁷ [En ligne]. Disponible sur [www.defenseurdesdroits.fr].

³⁴⁵⁸ Cette compétence, prévue par l'article 2-2 du statut du *Provedor de Justiça*, résulte, on le rappelle, de l'adoption de la loi n° 30-96 du 14 août 1996.

³⁴⁵⁹ Sur ce point, v. J. Reis Novais, « A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados », in *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, op. cit., p. 271.

1428. A ces carences institutionnelles propres au modèle ibérique de l'ombudsman s'ajoute un mouvement de concurrence de la protection offerte par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* en provenance d'institutions similaires.

§ 2. Une autorité non juridictionnelle concurrencée par des institutions similaires

1429. Communément définie comme le fait pour deux ou plusieurs entités de se trouver en opposition, le plus souvent d'intérêt, dans la poursuite d'un même but, la concurrence de la protection offerte par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se révèle étroitement liée à l'émergence, en Espagne et au Portugal, d'organes non juridictionnels poursuivant une fonction de défense des droits et libertés similaire à celle confiée à l'*human rights ombudsman*. Contribuant, à son tour, à altérer l'efficacité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de l'autre côté des Pyrénées, ce processus concurrentiel prend deux formes bien distinctes : une première forme en provenance des commissaires parlementaires des Communautés autonomes, spécifique à l'Espagne (A), une seconde, commune aux deux pays ibériques, qui trouve son origine dans la prolifération d'organes non juridictionnels habilités à intervenir dans des secteurs spécifiques des droits et libertés (B).

A. La concurrence des *ombudsmen* régionaux, une problématique spécifique à l'Espagne

1430. Rendue possible en raison du silence de la Constitution espagnole³⁴⁶⁰, la faculté donnée aux Communautés autonomes de mettre en place leur propre Commissaire parlementaire est prévue, depuis 1981, par l'article 12-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple³⁴⁶¹. Actuellement présentes au sein de quatorze Communautés autonomes³⁴⁶², de telles structures, consacrées par le Statut de la Communauté ou par une simple loi autonome³⁴⁶³, jouent un rôle indiscutablement positif. En effet, obéissant à une configuration institutionnelle identique à celle du Défenseur du Peuple³⁴⁶⁴, exception faite des prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel, propres à l'institution étatique³⁴⁶⁵, les *ombudsmen* régionaux permettent, non seulement de compenser l'absence de services déconcentrés du Défenseur du Peuple, mais également de décharger ce dernier d'un certain nombre d'affaires³⁴⁶⁶. A tel point que même les plus sceptiques vis-à-vis du mouvement de

³⁴⁶⁰ Sur ce point, v. par ex. : J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 260 ; Á. Gil-Robles, in A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 146.

³⁴⁶¹ Aux termes de cette disposition, « les organes similaires des communautés autonomes coordonnent leur action avec celle du Défenseur du Peuple qui peut réclamer leur collaboration ».

³⁴⁶² Sur ce point, v. *supra*, note n° 1698.

³⁴⁶³ En ce sens, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 51.

³⁴⁶⁴ Comme le souligne María José Corchete Martín, les Communautés autonomes, lorsqu'elles mettent en place un commissaire parlementaire, recourent à une technique consistant dans la retranscription des normes étatiques relatives au Défenseur du Peuple à l'échelle autonome (*El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 52).

³⁴⁶⁵ *Ibid.*

³⁴⁶⁶ On ne veut pour preuve le fait que le Défenseur du Peuple reçoit généralement moins de plaintes en provenance des Communautés autonomes disposant d'un Commissaire parlementaire (rapporté par A. Colomer

diffusion de l'ombudsman à l'échelle autonome, à l'instar du professeur Tomás Ramón Fernández³⁴⁶⁷, se montrent finalement séduits par la formule.

1431. Conséquence immédiate de la forme régionale de l'Etat espagnol, ce mimétisme institutionnel à l'échelle des communautés autonomes n'en présente pas moins le risque d'engendrer l'émergence de rapports concurrentiels entre le Défenseur du Peuple et ses homologues autonomes dès lors que la compétence de surveillance de l'administration du premier s'étend à l'ensemble de l'appareil administratif espagnol, et ce quel que soit l'échelon territorial concerné. De cette compétence universelle du Défenseur du Peuple, déduite de la référence générique à l'administration par l'article 54 de la Constitution³⁴⁶⁸ et explicitement consacrée par l'article 12-1 de la loi organique du 6 avril 1981³⁴⁶⁹, il s'ensuit, en effet, que le domaine d'intervention attribué aux *ombudsmen* régionaux se trouve nécessairement partagé par l'ombudsman étatique. Autrement dit, il ne peut jamais exister de compétence exclusive des commissaires parlementaires autonomes et ce quel que soit l'échelon administratif considéré³⁴⁷⁰. Etant entendu que, en l'état actuel du droit positif, leur surveillance s'étend, d'une part, à l'administration autonome et, d'autre part, à l'administration locale, à partir du moment où celle-ci agit dans le cadre d'une compétence prévue par le Statut de la Communauté autonome qui lui a effectivement été déléguée³⁴⁷¹. Exception faite de l'administration étatique³⁴⁷², le Défenseur du Peuple et les *ombudsmen* régionaux se révèlent, ainsi, tous deux compétents pour connaître de l'administration autonome et de l'administration locale placée sous la dépendance des Communautés autonomes. Il en résulte que le citoyen victime d'une atteinte portée à ses droits fondamentaux par l'administration régionale ou locale dispose de la possibilité de s'adresser indistinctement au Défenseur du

Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 80).

³⁴⁶⁷ T. Ramón Fernández, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 37.

³⁴⁶⁸ En ce sens, v. not. : A. Gil-Robles, in A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 152 ; F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ámbito de las comunidades autónomas : principales problemas que se plantean », *op. cit.*, p. 2304.

³⁴⁶⁹ Aux termes de cette disposition, « le Défenseur du Peuple peut, en toute hypothèse, d'office ou à la demande d'une partie, superviser lui-même l'activité des Communautés autonomes dans le cadre de compétences définies dans cette loi ».

³⁴⁷⁰ Sur ces questions, v. F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ámbito de las comunidades autónomas : principales problemas que se plantean », *op. cit.*, p. 2305.

³⁴⁷¹ Contesté par le Parlement catalan, ce dernier point, prévu par l'article 2-1 de la loi du 6 novembre 1985 sur la régulation des relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des communautés autonomes (Loi n° 36-1985 du 6 novembre 1985, *op. cit.*), a toutefois été déclarée conforme à la Constitution par le Tribunal constitutionnel. A l'occasion de sa décision du 15 septembre 1988 (STC 157/1988 du 15 septembre 1988, *B.O.E.* du 14 octobre 1988), confirmatrice de sa jurisprudence du 12 juillet 1988 (STC 142/1988 du 12 juillet 1988, *B.O.E.* du 8 août 1988), le Tribunal espagnol a effectivement jugé que la disposition contestée n'opère pas de restriction des compétences statutaires du *Síndic de Greuges* catalan mais offre, au contraire, au Commissaire parlementaire autonome une capacité d'action plus ample que le laisse penser une lecture initiale du Statut de la Catalogne (Rapporté par J. Sánchez López, « Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo) », *op. cit.*, p. 75).

³⁴⁷² A l'occasion de sa décision 142/1988 précitée, le Tribunal constitutionnel a effectivement précisé que l'on ne saurait déduire de l'affirmation selon laquelle le *Justicia de Aragón* « peut se référer à quelconques autorités, organismes, fonctionnaires et locaux de toute administration basée dans la Communauté autonome » la subordination de l'administration étatique au contrôle opéré par cette autorité. En revanche, le Tribunal espagnol a admis la possibilité pour les défenseurs des Communautés autonomes de s'adresser à l'administration étatique en vue de solliciter les informations nécessaires au correct développement de leurs fonctions (sur ce point, v. G. Ruiz-Rico Ruiz et A. Anguita Sussi, « La reforma estatutaria y legal de los comisionados parlamentarios autonómicos », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 170).

Peuple ou au Commissaire parlementaire de sa Communauté autonome, voire aux deux institutions simultanément³⁴⁷³.

1432. Or, un tel chevauchement des compétences est susceptible de donner naissance à de graves dysfonctionnements³⁴⁷⁴. Le principal danger résidant dans l'émergence de positions contradictoires, source d'altération de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Car, dès l'instant où ces deux catégories d'organes partagent un domaine de compétence identique, le risque de voir apparaître des solutions divergentes, à la suite d'interventions parallèles sur des problématiques similaires, ne saurait être écarté³⁴⁷⁵. Sans compter, comme le souligne le professeur José Julio Fernández Rodríguez, que le chevauchement des compétences implique, en toute hypothèse, une perte de temps et de ressources absurdes³⁴⁷⁶. De toute évidence, il s'agit là d'une situation critiquable, génératrice d'insécurité juridique et exigeant la mise en place de moyens de coordination et de communication permanents³⁴⁷⁷. A l'heure des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la satisfaction d'une telle exigence devrait, *a priori*, se révéler relativement aisée³⁴⁷⁸. Il convient pourtant de constater que tel n'est pas le cas. Passablement résolue par les autorités normatives (1), la question de l'aménagement des relations entre le Défenseur du Peuple et ses homologues régionaux, contaminée par les revendications de certaines Communautés en faveur d'une autonomie toujours plus importante, s'est trouvée réactivée à l'occasion de l'adoption du Statut d'autonomie de la Catalogne de 2006 (2).

1. Une problématique passablement résolue en l'état actuel du droit positif

1433. Inspiré du devoir de collaboration entre l'Etat et les Communautés autonomes³⁴⁷⁹, tel que déduit de la spécificité de l'organisation territoriale de l'Etat espagnol par le Tribunal constitutionnel³⁴⁸⁰, l'encadrement juridique des relations entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires régionaux, loin d'être porteur d'enjeux purement théoriques, se présente comme une problématique dont la résolution conditionne dans une importante mesure la qualité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de l'autre côté des Pyrénées³⁴⁸¹. Or, le moins que l'on puisse dire est que le régime juridique actuellement existant en cette matière n'est pas adapté. La doctrine espagnole elle-même se montre, à de

³⁴⁷³ En ce sens, v. J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 265.

³⁴⁷⁴ P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 190.

³⁴⁷⁵ Sur cette question, v. not. : J.L. Carro Fernández-Valmayor, « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines », *op. cit.*, pp. 531 et 534 ; A. Embid Irujo, *El control de la Administración Pública por los comisionados Parlamentarios Autonómicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, INAP, 1991, p. 76 ; J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 265.

³⁴⁷⁶ J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 265.

³⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 266.

³⁴⁷⁸ *Ibid.*

³⁴⁷⁹ Sur ce point, v. P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 193.

³⁴⁸⁰ STC 18/1982 du 4 mai 1982, *B.O.E.* du 18 mai 1982.

³⁴⁸¹ J.J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pp. 262-263.

rare exceptions près³⁴⁸², globalement unanime pour conclure à la défektivité de l'aménagement des relations entre le Défenseur du Peuple et ses homologues régionaux. Mais comment pourrait-il en aller autrement ? Intrinsèquement lacunaire (a), le régime juridique légal d'organisation des rapports entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires des Communautés autonomes souffre, de surcroît, d'une obsolescence de nature à préjudicier à son efficacité (b).

a. Un encadrement lacunaire des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes

1434. Appréhender le régime juridique des relations entre le Défenseur du Peuple et les *ombudsmen* régionaux impose de partir du postulat selon lequel un tel régime repose sur l'absence de rapports hiérarchiques entre ces deux catégories d'organes. Sur ce point la doctrine est unanime. Hormis quelques positions minoritaires³⁴⁸³, appartenant désormais au passé³⁴⁸⁴, l'ensemble des auteurs s'accorde, en effet, pour affirmer qu'il n'existe aucune suprématie du Défenseur du Peuple sur ses homologues régionaux. Le professeur Francisco Visiedo Mazon se veut on ne peut plus clair sur ce point : dans la mesure où il n'existe pas de relation hiérarchique entre les Cortès Générales et les Parlements des Communautés autonomes, il ne saurait en être différemment s'agissant des rapports entretenus par les organes similaires élus par ces deux institutions parlementaires³⁴⁸⁵. Ce faisant, si une impression de supériorité du Défenseur du Peuple sur les organes similaires des Communautés autonomes semble à première vue se dégager de la loi organique du 6 avril 1981³⁴⁸⁶, ce sont en réalité deux catégories d'organes qui, conformément à l'article 24-1 du Règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple³⁴⁸⁷, coexistent et dont les relations doivent être basées sur des principes facilitant leur fonctionnement³⁴⁸⁸. Etrangères à toute hiérarchisation, les relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes laissent toutefois entrevoir une certaine prépondérance du premier sur les seconds. Ne serait-ce qu'en raison de son inscription au sein de la Constitution, le Défenseur du Peuple jouit, en effet, d'une autorité lui

³⁴⁸² C'est par exemple le cas de l'ancien Défenseur du Peuple Álvaro Gil-Robles ou, encore, des professeurs Alberto Pérez Calvo et Javier Enériz Olaechea qui considèrent que la loi organique du Défenseur du Peuple et la loi du 6 novembre 1985 sont parfaitement adaptées à la résolution des éventuels conflits susceptibles de se présenter entre le Défenseur du Peuple et ses homologues autonomiques (en ce sens, v. « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 40).

³⁴⁸³ Pour des auteurs soutenant la thèse d'une suprématie constitutionnelle du Défenseur du Peuple sur les commissaires parlementaires des Communautés autonomes, v. spéc. : A. Bar Cendón, « La regulación jurídica de los defensores del pueblo regionales : ¿ cooperación o conflicto ? », *Revista de derecho político*, 1983, n° 18-19, pp. 92 et 107 ; Á. Gil-Robles, « El Defensor del Pueblo e instituciones similares de ámbito territorial reducido », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1981, n° 4, p. 44.

³⁴⁸⁴ En ce sens, v. J.J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 261.

³⁴⁸⁵ F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ámbito de las comunidades autónomas : principales problemas que se plantean », *op. cit.*, p. 2306.

³⁴⁸⁶ Sur ce point, v. M.J. Corchete Martín, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, *op. cit.*, p. 55.

³⁴⁸⁷ Cette disposition consacre, en effet, l'autonomie des défenseurs autonomiques en matière de contrôle de l'activité de l'administration de leur Communauté autonome respective.

³⁴⁸⁸ M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, p. 52.

conférant une prééminence certaine³⁴⁸⁹. Prééminence renforcée par le fait que, dépourvus de prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel, les commissaires parlementaires se trouvent placés, en cette matière, dans une situation de dépendance fonctionnelle vis-à-vis du Défenseur du Peuple. Le seul moyen de contester la conformité à la Constitution d'une norme adoptée par les autorités des Communautés autonomes dont ils dépendent étant de s'adresser au Défenseur du Peuple afin que celui-ci, s'il estime la demande justifiée, introduise un recours devant le Tribunal constitutionnel³⁴⁹⁰.

1435. Sous couvert de ces quelques précisions, l'organisation des rapports entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires des Communautés autonomes, prévue par l'article 12-2 de la loi organique du 6 avril 1981³⁴⁹¹, l'article 28 du Règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple³⁴⁹² et la loi du 6 novembre 1985, repose, pour l'essentiel³⁴⁹³, sur un triple principe de coordination, de coopération et de collaboration, dont les textes de référence se gardent bien de préciser les contours et, *a fortiori*, la signification exacte. Le départ entre ces différentes expressions apparaît d'autant plus délicat à effectuer que la loi du 6 novembre 1985 sur la régulation des relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes se révèle porteuse d'une confusion regrettable dans la mesure où elle semble recourir indistinctement aux notions de coopération, d'un côté, de coordination et de collaboration, d'un autre côté³⁴⁹⁴. En effet, tandis que son article 2-1 précise que le contrôle de l'activité de l'administration des Communautés autonomes est opéré « *par le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires autonomiques dans le cadre d'un régime de coopération prévu par le second alinéa du présent article* », ce second alinéa, justement, abandonne la référence à la notion de coopération pour ne se référer qu'aux concepts de coordination et de collaboration. Aussi

³⁴⁸⁹ En ce sens, v. J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, pp. 261-262.

³⁴⁹⁰ Sur ces questions, v. M.J. Corchete Martín, *op. cit.*, pp. 52-53.

³⁴⁹¹ Cet article, on le sait, prévoit en effet : « *les organes similaires des communautés autonomes coordonnent leur action avec celle du Défenseur du Peuple qui peut réclamer leur collaboration* ».

³⁴⁹² Tandis que le premier alinéa de cette disposition dispose que « *pour exercer comme il se doit les fonctions qui lui sont attribuées par sa loi organique à l'égard de toutes les Administrations publiques, le Défenseur du peuple est chargé de coordonner au plus haut niveau ses propres compétences et celles attribuées aux organes analogues pouvant être créés au sein des Communautés autonomes, sans préjudice de l'autonomie dont jouissent ces derniers en matière de contrôle des activités de leurs Administrations régionales respectives* », son deuxième alinéa prévoit que « *dans l'exercice de ses propres compétences, le Défenseur du peuple est habilité à demander aux organes analogues des Communautés autonomes de collaborer avec lui et de lui apporter leur soutien* ».

³⁴⁹³ Parmi les principes structurant le régime des relations entre le Défenseur du Peuple et ses homologues autonomiques, le professeur José Julio Fernández Rodríguez identifie également le devoir d'assistance réciproque et la sollicitation du Défenseur par les commissaires parlementaires des Communautés autonomes aux fins de saisir le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo* ou en inconstitutionnalité (« Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, pp. 274-275). Cela étant, et comme l'admet José Julio Fernández Rodríguez lui-même, ces dispositifs ne sont ni plus ni moins que des manifestations particulières des principes de coordination, de coopération et de collaboration.

³⁴⁹⁴ Sur cette critique, le lecteur pourra utilement se référer à P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 211.

certain auteurs ont-ils pu se demander s'il s'agissait de principes indistincts dans l'esprit du législateur³⁴⁹⁵.

1436. A la vérité, ces différents principes, conçus pour « discipliner » le fonctionnement des défenseurs des Communautés autonomes, sans pour autant opérer une répartition des compétences entre ces derniers et le Défenseur du Peuple³⁴⁹⁶, ne sauraient se confondre. Bien qu'ils aient vocation à s'exercer conjointement³⁴⁹⁷, chacun d'entre eux renvoie à une réalité bien distincte.

1437. La coordination, tout d'abord, se présente comme un mécanisme d'action conjointe utilisé dans des hypothèses de compétences concurrentes afin de parvenir à une articulation rationnelle de leur exercice. En somme, il s'agit d'un instrument permettant à des institutions poursuivant une finalité commune de combiner leur action dans le but d'éviter que leurs interventions se trouvent à l'origine de situations incompatibles ou contradictoires³⁴⁹⁸. Revêtant un caractère obligatoire³⁴⁹⁹, la coordination de l'activité des Commissaires parlementaires régionaux avec celle du Défenseur du Peuple ne saurait toutefois avoir pour effet, tel que l'a jugé à plusieurs reprises le Tribunal constitutionnel³⁵⁰⁰, de réduire à néant les compétences de l'organe coordonné, en l'occurrence les Commissaires parlementaires.

1438. La coopération, ensuite, peut être définie comme une action entreprise entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes en vue de la réalisation d'un objectif commun. Elle se différencie de la coordination en raison, d'une part, de son caractère facultatif et volontaire³⁵⁰¹ et, d'autre part, de son application au-delà des seules compétences concurrentes des deux autorités coordonnant leur action³⁵⁰².

1439. La collaboration, enfin, renverrait, selon le professeur José Julio Fernández Rodríguez, à un concept générique susceptible de renvoyer à toutes sortes d'actions de préférence non

³⁴⁹⁵ J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 271

³⁴⁹⁶ En ce sens, v. en part. L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, p. 206.

³⁴⁹⁷ Sur ce point, v. J.J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 267.

³⁴⁹⁸ Sur cette notion, v. par ex. : E. Albertí Rovira, « La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas », *Documentación Administrativa*, 1992, pp. 230-231, p. 52 ; P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, pp. 196-199 ; J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 268 ; I. Folchi et A. Bayona, « La defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en el ámbito de las comunidades autónomas. Instituciones similares al Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 101.

³⁴⁹⁹ L'exégèse des articles 12-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple et 28 du Règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple permet, en effet, d'affirmer que la coordination se présente comme une obligation à la charge des défenseurs des Communautés autonomes (sur cette question, le lecteur pourra utilement se référer à : P. Carballo Armas, *op. cit.*, pp. 204-205).

³⁵⁰⁰ En ce sens, v. : STC 29/1986 du 20 février 1986, *B.O.E.* du 21 mars 1986 et STC 54/1990 du 28 mars 1990, *B.O.E.* du 17 avril 1990.

³⁵⁰¹ Sur ce point, v. par ex. : P. Carballo Armas, *op. cit.*, pp. 204-205 ; R. Parada Vázquez, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992, de 26 noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 71.

³⁵⁰² Sur cette question, v. not. : P. Carballo Armas, *op. cit.*, p. 200 ; J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 269.

réglementées. Il s'agirait pour le Défenseur du Peuple et ses homologues autonomiques de faire preuve de loyalisme les uns vis-à-vis des autres en vue de garantir l'effectivité de la mission de défense des intérêts des citoyens qui leur est attribuée³⁵⁰³.

1440. La signification des principes de coordination, de coopération et de collaboration ainsi précisée, le régime juridique des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes n'en demeure pas moins particulièrement confus. Hormis l'avantage qu'il présente d'obliger l'institution étatique et ses homologues régionaux à entretenir un contact continu, ce régime présente, en effet, un manque de rigueur évident, source d'entrave à un encadrement clair des relations entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires autonomiques³⁵⁰⁴. A cela s'ajoute l'incohérence qu'il y a à fonder de telles relations sur la coordination alors que l'absence de rapport hiérarchique entre ces deux catégories d'organes implique que le Défenseur du Peuple se trouve dépourvu de pouvoir de direction pour articuler correctement son action avec celle des organes similaires des Communautés autonomes³⁵⁰⁵. C'est pourquoi il convient de donner raison au professeur José Bermejo Vera lorsqu'il affirme que le recours aux principes de coordination et de coopération s'est fait « *de façon irréfléchie ou, à tout le moins, sans avoir tenu compte des problèmes d'exécution que ces principes pourraient provoquer* »³⁵⁰⁶. Et ce n'est pas l'article 2-2 de la loi du 6 novembre 1985, aux termes duquel des accords peuvent être mis en place entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes, qui permet d'affirmer le contraire. A l'image de la loi dans laquelle il prend place, largement critiquée par la doctrine en raison de son imprécision³⁵⁰⁷, de la confusion qu'elle opère entre les principes de coordination et de coopération ou, encore, de son manque de clarté pour articuler correctement les domaines d'action de chaque institution³⁵⁰⁸, cet article se présente comme une disposition « *vague et générique dont le contenu, du fait de sa propre imprécision, n'apporte que peu de choses* »³⁵⁰⁹.

1441. Lacunaire, l'encadrement des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes soulève, de surcroît, une série d'interrogations. Comme le souligne le professeur Antonio Colomer Viadel³⁵¹⁰, qu'advient-il si le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes ne parviennent pas à se mettre d'accord sur des questions dont ils sont communément saisis ? Est-ce que le Défenseur

³⁵⁰³ J.J. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 269.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 273.

³⁵⁰⁵ Sur cette question, v. not. : P. Carballo Armas, *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 206.

³⁵⁰⁶ J. Bermejo Vera, « El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas : alcance de la coordinación y cooperación », *R.E.D.A.*, 1990, n° 68, p. 526.

³⁵⁰⁷ En ce sens, v. C. Garrido López, « Fundamento y virtualidad de los acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios autonómicos », in M.A. Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 606.

³⁵⁰⁸ Sur ce point, v. A. López Basguren, « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas. Su regulación en la Ley 36/1985 », *R.V.A.P.*, 1986, n° 14, p. 256.

³⁵⁰⁹ J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 272.

³⁵¹⁰ A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 71.

est une seconde instance de traitement des plaintes non résolues par les commissaires parlementaires autonomiques ? Dans un autre registre, les réclamations des citoyens font-elles l'objet d'un traitement équivalent selon qu'elles sont adressées au Défenseur du Peuple ou au Commissaire parlementaire de la Communauté autonome dont ils dépendent ? Ce sont là autant d'interrogations laissées en suspens par les textes de référence, auxquelles la pratique institutionnelle apporte parfois des réponses. Par exemple, si le Défenseur du Peuple ne semble pas se présenter comme une seconde instance de résolution des plaintes, il n'hésite pas à superviser le traitement par les Commissaires parlementaires autonomiques des réclamations dont il est également saisi et, le cas échéant, à adopter de nouvelles mesures lorsqu'il estime que la solution proposée par son homologue régional n'est pas satisfaisante³⁵¹¹. De toute évidence, il faut voir là une illustration de l'idée selon laquelle les relations entre le Défenseur du Peuple et les défenseurs des Communautés autonomes sont tout à la fois réglées par le droit positif et la pratique³⁵¹².

1442. A ce propos, on ne saurait omettre de signaler que la pratique institutionnelle favorise la mise en place de choses positives. Tel que souligné précédemment, le Défenseur du peuple conclut des accords de coopération et de coordination avec l'ensemble des commissaires parlementaires des Communautés autonomes, organise des visites au sein des locaux de ses homologues autonomiques ou, encore, des réunions de coordination pour débattre de questions communes aux différents *ombudsmen* régionaux. Louables, de telles initiatives, dont l'efficacité se trouve nuancée par une partie de la doctrine³⁵¹³, ne sauraient pour autant suffire à remédier aux imperfections du régime juridique légal intéressant les relations entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes et, par conséquent, au risque d'actions concurrentes préjudiciables à l'effectivité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Et ce d'autant plus que ce régime se révèle actuellement dépassé.

b. Un encadrement actuellement dépassé des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes

1443. A l'occasion de l'enquête sur le Défenseur du Peuple récemment publiée par la revue *Teoría y realidad constitucional*, le professeur Martin Bassols Coma, interrogé sur la problématique du chevauchement des compétences du Défenseur du Peuple et des organes similaires des Communautés autonomes, affirmait que loi du 6 novembre 1985, bien qu'elle ait initialement pu produire des effets positifs, se révèle actuellement insuffisante et dépassée³⁵¹⁴. Affectant également l'article 12-2 de la loi organique du 6 avril 1981 et l'article 28 du règlement relatif à l'organisation et au fonctionnement du Défenseur du Peuple, une telle obsolescence résulte, dans une importante mesure, de l'évolution constante du statut des

³⁵¹¹ *Ibid.*, p. 265.

³⁵¹² J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 266.

³⁵¹³ En ce sens, v. not. : L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, pp. 208-209 ; M. García Álvarez, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 38.

³⁵¹⁴ M. Bassols Coma, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 36.

Communautés autonomes et, dans le même temps, des *ombudsmen* autonomiques. En ce sens que, de façon concomitante au mouvement d'autonomisation croissante des Communautés autonomes, les commissaires parlementaires régionaux ont été investis d'un rôle sensiblement supérieur à celui prévu par les premiers statuts autonomiques, si bien que le dispositif juridique qui avait été imaginé dans les années 1980 pour encadrer leurs rapports avec le Défenseur du Peuple s'avère aujourd'hui frappé d'anachronisme. Deux éléments permettent d'illustrer le propos.

1444. En premier lieu, les *ombudsmen* régionaux, contrairement à ce que prescrit l'article 2-1 de la loi du 6 novembre 1985 et la jurisprudence constitutionnelle, se montrent de plus en plus enclins à étendre leur activité de contrôle de l'administration locale au-delà des seules entités agissant dans le cadre d'une compétence prévue par le Statut de la Communauté autonome. C'est par exemple le cas du *Diputado del Común de Canarias*, du *Justicia de Aragón* ou, encore, du *Síndic de Greuges* catalan qui, dans « un souci de proximité et d'obtention d'une solution le plus rapidement possible pour le citoyen »³⁵¹⁵, supervisent directement l'activité de l'administration étatique locale³⁵¹⁶. Implicitement reconnue par le Statut de certaines Communautés autonomes, qui ne soumettent la faculté de surveillance de l'administration locale de leur Commissaire parlementaire à aucune des conditions requises par le législateur et le Tribunal constitutionnel³⁵¹⁷, cette extension du domaine de compétence des *ombudsmen* régionaux entraîne, de façon consécutive, un élargissement du champ concurrentiel entre eux et l'ombudsman étatique. Et le Défenseur du Peuple lui-même est complice d'une telle dérive puisqu'il autorise les *ombudsmen* régionaux, par le biais d'accords informels, par définition *contra legem*, à connaître de l'activité de l'administration étatique locale³⁵¹⁸. Comment pourrait-il toutefois en aller autrement dès lors que la solution consistant à opérer une distinction entre l'administration locale étatique et autonome, amplement critiquée lors de l'adoption de la loi du 6 novembre 1985³⁵¹⁹, présente, dans la pratique, d'importantes difficultés de mise en œuvre³⁵²⁰.

1445. En second lieu, la prépondérance originelle du Défenseur du Peuple sur les organes similaires des Communautés autonomes tend à être remise en cause au profit d'un rapport d'égalité entre les deux catégories d'organes³⁵²¹. Or, cette évolution des mentalités quant à la position réciproque du Défenseur étatique et des défenseurs régionaux se traduit, du point de

³⁵¹⁵ Justicia de Aragón, *Informe anual 1989*, p. 23.

³⁵¹⁶ Pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, pp. 217-221.

³⁵¹⁷ Il s'agit notamment du Statut de *Castilla y León*, dont l'article 18-1 prévoit que le *Procurador del Común* supervise l'activité de « l'administration de la Communauté, celle de ses entités locales et celle des différents organismes qui en dépendent », et du Statut de la Catalogne qui précise, dans son article 78-1, que le *Síndic de Greuges* « supervise l'activité de l'administration locale de la Catalogne et celle des organismes publics ou privés dépendant de celle-ci » (rapporté par G. Ruiz-Rico Ruiz et A. Anguita Sussi, « La reforma estatutaria y legal de los comisionados parlamentarios autonómicos », *op. cit.*, p. 170).

³⁵¹⁸ En ce sens, v. not. : L. Díez Bueso, *op. cit.*, p. 209 ; J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 265.

³⁵¹⁹ L. Díez Bueso, *op. cit.*, p. 207.

³⁵²⁰ J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 264.

³⁵²¹ *Ibid.*, pp. 262-263.

vue des relations qu'ils entretiennent, par une perte de vitesse du principe de coopération qui se trouve supplanté par celui de coordination³⁵²². C'est ainsi que, dans la pratique, les rapports entre ces deux catégories d'organes fonctionnent toujours sur la base du volontariat. Le Défenseur du Peuple se refusant d'imposer par la force le recours à la coordination³⁵²³, principe dont la mise en œuvre revêt pourtant un caractère obligatoire à la charge des commissaires parlementaires des Communautés autonomes.

1446. De nature à concurrencer l'action du Défenseur du Peuple, ce mouvement d'émancipation des commissaires parlementaires des Communautés autonomes appelle, de toute évidence, une réforme en profondeur du régime juridique des relations entre le Défenseur étatique et ses homologues régionaux. A ce titre, d'aucuns militent en faveur d'une solution en amont consistant à privilégier au système de coordination et de coopération actuellement existant un système de répartition des compétences entre les deux catégories d'organes³⁵²⁴. Les revendications en ce sens ne datent pas d'aujourd'hui. Déjà en 1987, le professeur Francisco Visiedo Mazon proposait de profiter de l'opportunité offerte par la disposition transitoire de la loi organique du 6 avril 1981³⁵²⁵ pour opérer une clarification de la répartition des compétences entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires des Communautés autonomes³⁵²⁶. Et, à la vérité, on admettra, avec le professeur Luis Aguiar de Luque, que la régulation proposée par l'article 54 de la Constitution de l'institution du Défenseur du Peuple s'accorde mal avec une forme d'organisation territoriale de l'Etat reconnaissant un haut degré d'autonomie à ses régions. L'existence « *d'une institution étatique compétente pour surveiller l'administration autonome et, surtout, en rendre compte aux Cortès générales – organe qui matérialise par excellence les pouvoirs de l'Etat – peut effectivement apparaître comme une ingérence contraire au principe d'autogouvernance que la Constitution garantit également* »³⁵²⁷.

1447. Une telle solution rencontre toutefois un obstacle de taille en ce que sa concrétisation suppose une révision de la Constitution. Le Défenseur du Peuple, tel qu'il a été souligné, tirant au premier chef sa compétence de contrôle de l'ensemble de l'appareil administratif espagnol de la référence générique à la notion d'administration par l'article 54 de la norme suprême. A moins que, comme le soutiennent certains, une interprétation différente de l'article 54 de la Constitution soit envisageable. C'est notamment le point de vue défendu par les professeurs Alberto López Basaguren et Gonzalo Maestro. Selon eux, la Constitution

³⁵²² Il importe d'ailleurs de constater que l'idée de coordination perd de sa vigueur dans les derniers Statuts des Communautés autonomes. C'est ainsi que sur les quatorze Communautés disposant d'un Commissaire parlementaire, seulement la moitié font référence au principe de coordination dans leur Statut (*Ibid.*, pp. 268-269).

³⁵²³ *Ibid.*, p. 270.

³⁵²⁴ En ce sens, v. par ex. : M. Bassols Coma, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 36 ; L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, pp. 223-224.

³⁵²⁵ Disposition transitoire qui, on le rappelle, permet au Défenseur du Peuple, à l'issue d'une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi organique, de proposer aux Cortès générales toutes les modifications devant à son sens être introduites dans ladite loi.

³⁵²⁶ F.J. Visiedo Mazon, « El Defensor del Pueblo en el ámbito de las comunidades autónomas : principales problemas que se plantean », *op. cit.*, p. 2310.

³⁵²⁷ L. Aguiar de Luque, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 29.

retient une approche générale des compétences du Défenseur du Peuple car elle n'impose pas l'existence de Commissaires parlementaires à l'échelon autonome. Mais dès l'instant où de tels organes sont créés, il apparaît logique de retenir, en application du principe constitutionnel d'autonomie des régions qui composent l'Etat espagnol³⁵²⁸, une lecture de l'article 54 de la Constitution permettant d'adapter le domaine de compétence du Défenseur du Peuple en fonction de celui des *ombudsmen* autonomiques³⁵²⁹. En conséquence de quoi une simple modification de l'article 12 de la loi organique du 6 avril 1981 serait suffisante pour proposer un système de répartition des compétences aux termes duquel le Défenseur du Peuple superviserait l'administration étatique tandis que les Commissaires parlementaires régionaux contrôlèrent l'action de l'administration autonome. Quant au contrôle de l'administration locale, il serait exercé par les deux catégories d'organes en fonction des compétences que celle-ci met en œuvre³⁵³⁰.

1448. Séduisante, une telle interprétation de la norme suprême espagnole n'est cependant pas celle retenue le Tribunal constitutionnel. A l'occasion de sa récente décision n° 31/2010³⁵³¹, faisant suite au recours en inconstitutionnalité introduit contre la loi du 19 juillet 2006, portant réforme du Statut de l'Autonomie de la Catalogne³⁵³², celui-ci a effectivement rappelé que « *l'"Administration" de l'article 54 de la Constitution, au même titre d'ailleurs que l'"Administration" des articles 103 et 106 de la Constitution, est un terme générique qui ne renvoie pas seulement à l'"Administration centrale" mais comprend plus largement l'ensemble des pouvoirs publics autres que le législatif et le judiciaire* ».

1449. Cette jurisprudence ne saurait pour autant réduire à néant toute entreprise de répartition des compétences entre le Défenseur du Peuple et les commissaires parlementaires des Communautés autonomes. Une réécriture de l'article 12 de la loi organique du Défenseur du Peuple dans un sens conforme à l'interprétation de l'article 54 de la Constitution retenue par le Tribunal constitutionnel semble effectivement envisageable. L'article 12 nouveau pourrait être rédigé comme il suit :

« 1. "Exception faite des réclamations dont la résolution exige la saisine du Tribunal constitutionnel dans le cadre d'un recours d'*amparo* ou d'un recours en inconstitutionnalité, la surveillance de l'administration autonome relève, en premier ressort, de la compétence exclusive des commissaires parlementaires des Communautés autonomes".

2. "Sans préjudice des dispositions prévues au précédent alinéa, le Défenseur du Peuple, sur la base de son pouvoir d'action d'office ou d'une demande en ce sens du réclamant, est autorisé à connaître des solutions proposées par les commissaires parlementaires des Communautés autonomes dans le cadre de leur fonction de surveillance de l'administration autonome".

³⁵²⁸ Principe garanti par l'article 2 de la Constitution espagnole.

³⁵²⁹ A. López Basaguren et G. Maestro, *El « Ararteko »*, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Cuadernos Autonómicos 19, Oñati, 1993, pp. 240-242.

³⁵³⁰ Cette solution est proposée par L. Díez Bueso, *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, *op. cit.*, pp. 223-224.

³⁵³¹ STC 31/2010 du 28 juin 2010, *B.O.E.* du 16 juillet 2010, FJ. 33.

³⁵³² Loi organique n° 6-2006 du 19 juillet 2006 de réforme du Statut de l'Autonomie de la Catalogne, *B.O.E.* du 20 juillet 2006, p. 27269.

3. "Conformément au premier alinéa de la présente disposition, les commissaires parlementaires des Communautés autonomes transmettent au Défenseur du Peuple les réclamations dont la résolution exige la saisine du Tribunal constitutionnel dans le cadre d'un recours d'*amparo* ou d'un recours en inconstitutionnalité. Indépendamment de toute initiative en ce sens des commissaires parlementaires, le Défenseur du Peuple se réserve la possibilité, sur la base de sa faculté d'action d'office ou à la suite d'une réclamation en ce sens, de porter à la connaissance du Tribunal constitutionnel les normes autonomiques potentiellement affectées d'un vice d'inconstitutionnalité" ».

1450. Il s'agirait, en quelque sorte, d'un système de « double degré de juridiction » consistant à donner une compétence prioritaire aux Commissaires parlementaires régionaux pour connaître de l'ensemble de l'activité de l'administration autonome, à l'exception des problématiques dont la résolution exige la saisine du Tribunal constitutionnel, tout en ménageant au Défenseur du Peuple un pouvoir de supervision. En mesure de mettre un terme aux chevauchements de compétences entre l'institution étatique et les organes similaires des Communautés autonomes et, par là-même, au risque d'émergence de solutions divergentes, une telle solution offrirait, de surcroît, au Défenseur du Peuple la possibilité d'harmoniser les positions des différents Commissaires parlementaires autonomiques. Sa mise en œuvre n'en demeure pas moins délicate. Bien qu'elle préserve la compétence universelle du Défenseur du Peuple déduite de l'article 54 de la Constitution, la nouvelle rédaction de l'article 12 proposée, en tant qu'elle permet au Défenseur étatique de connaître, en dernier ressort, des interventions des *ombudsmen* autonomiques, tend, en revanche, à méconnaître le principe d'absence de rapports hiérarchiques entre ces deux catégories d'organes. Or, une telle remise en cause de l'indépendance des Commissaires parlementaires régionaux vis-à-vis du Défenseur du Peuple se présente, d'un point de vue politique, comme un sacrifice que les Communautés autonomes, en tête desquelles celles qui jouissent d'un haut degré d'autonomie, ne seront certainement pas prêtes à faire. Prenant le contre-pied de l'actuel mouvement d'émancipation des *ombudsmen* régionaux vis-à-vis du Défenseur étatique, la solution imaginée s'accorde effectivement mal avec le désir d'indépendance exprimé par certaines Communautés autonomes. A ce titre, comment ne pas songer au nouveau Statut d'autonomie de la Catalogne, dont l'article 78-1 n'a pas été sans relancer la problématique de la concurrence du Défenseur du Peuple par ses homologues autonomiques.

2. Une problématique récemment réactivée en Catalogne

1451. Comptant parmi les principaux les chefs de file du mouvement de remise en cause de la prépondérance du Défenseur du Peuple sur les organes similaires des Communautés autonomes, la Catalogne, à l'occasion de la réforme de son Statut d'autonomie opérée en 2006, a franchi un pas supplémentaire dans ce processus d'émancipation en inscrivant au sein de l'article 78-1 du nouveau Statut le principe selon lequel le *Síndic de Greuges* « *supervise de manière exclusive l'activité de l'administration du gouvernement catalan, celle des organismes publics et privés qui en dépendent et celle des entreprises privées en charge de la*

gestion d'un service public [...] »³⁵³³. Conduisant à exclusion du champ de compétence du Défenseur du Peuple le contrôle des organes et des entités autonomiques, cette disposition, finalement censurée par le Tribunal constitutionnel, témoigne à son tour des tensions susceptibles de se nouer entre les *ombudsmen* régionaux et l'institution étatique³⁵³⁴.

1452. Evidemment, la Catalogne n'est pas la première Communauté autonome à exprimer la volonté de soustraire à la surveillance du Défenseur étatique l'activité de son administration. Déjà l'article 15 du Statut de la Communauté autonome basque du 18 décembre 1979³⁵³⁵, aux termes duquel l'*Ararteko* exerce « les fonctions auxquelles se réfèrent l'article 54 de la Constitution », avait été interprété par certains comme fermant potentiellement la porte du contrôle de l'activité de l'administration basque au Défenseur du Peuple³⁵³⁶. Force est toutefois de constater qu'une telle volonté d'exclusion n'avait jamais été aussi explicite avant l'adoption du Statut d'autonomie de la Catalogne de 2006. Car, si ce dernier prend le soin de préciser que le *Síndic de Greuges* collabore avec le Défenseur du Peuple dans l'exercice de ses fonctions de défense des droits et libertés contenus dans la Constitution³⁵³⁷, la rédaction retenue de l'article 78-1 ne laisse la place à aucun doute : le *Síndic de Greuges* est seul compétent pour connaître de l'activité de l'administration de la Communauté autonome catalane.

1453. Aussi le Défenseur du Peuple, initialement contraint de remettre au *Síndic de Greuges* les plaintes impliquant l'administration catalane qui lui étaient adressées³⁵³⁸, a-t-il introduit un recours en inconstitutionnalité contre cette disposition³⁵³⁹. Et ce à juste titre dès lors que le principe d'exclusivité conduisait à fermer l'accès au Défenseur du Peuple pour les citoyens victime d'une atteinte portée à leurs droits fondamentaux par l'administration catalane. Source d'atteinte au principe d'égalité³⁵⁴⁰, érigé en valeur supérieure de l'Etat de droit espagnol par l'article 1-1 de la Constitution de 1978, l'impossibilité pour les catalans de choisir entre le *Síndic de Greuges* et le Défenseur du Peuple emportait, de façon consécutive, l'impossibilité pour cette catégorie de la population de bénéficier des prérogatives semi-

³⁵³³ Loi organique n° 6-2006 du 19 juillet 2006, *op. cit.*

³⁵³⁴ En ce sens, v. not. : A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 61 ; G. Ruiz-Rico Ruiz et A. Anguita Sussi, « La reforma estatutaria y legal de los comisionados parlamentarios autonómicos », *op. cit.*, p. 169.

³⁵³⁵ Loi organique n° 3-1979, de 18 décembre 1979 relative au Statut d'autonomie du Pays-Basque, *B.O.E.* du 22 décembre 1979, p. 29357.

³⁵³⁶ C'est par exemple le point de vue avancé par le professeur Álvaro Gil-Robles, in A. Aradillas, *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 148.

³⁵³⁷ Art. 78-2 de loi organique n° 6-2006 du 19 juillet 2006, *op. cit.*

³⁵³⁸ Rapporté par J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 265.

³⁵³⁹ Recours n° 1/2006, introduit le 19 septembre 2006 contre la loi n° 6-2006 du 19 Juillet 2006 de réforme du Statut d'autonomie de la Catalogne.

³⁵⁴⁰ Le rapport d'activité du Défenseur du Peuple pour l'année 2006 souligne en ce sens que la décision d'Enrique Múgica Herzog d'introduire un recours en inconstitutionnalité contre l'article 78-1 du Statut de la Catalogne résulte de la méconnaissance par cette disposition des « droits énoncés au titre I de la Constitution et, en particulier, la valeur supérieure de l'égalité consacré par son article 1-1 » (*Informe anual 2006 y debates en las Cortes Generales*, *op. cit.*, p. 911). Dans un sens similaire, v. « El Defensor del Pueblo recurre el Estatut catalán ante el Tribunal constitucional », *elmundo.es*, 19 septembre 2006, [en ligne]. Disponible sur [www.elmundo.es].

contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel octroyées au Défenseur étatique³⁵⁴¹. C'est pourquoi la censure de cette disposition par le Tribunal constitutionnel, à l'occasion de sa décision n° 31/2010³⁵⁴², décision portant un coup sérieux aux prétentions indépendantistes de la Catalogne³⁵⁴³, se soit d'être saluée.

1454. Sur le fondement d'une « *argumentation brève mais pertinente* »³⁵⁴⁴, la juridiction constitutionnelle espagnole a effectivement condamné le principe d'exclusivité au motif que la qualité de haut mandataire des Cortès Générales du Défenseur du Peuple « [...] *ne saurait signifier que la seule activité administrative dont il peut connaître est celle de l'Etat central, à l'exclusion de l'Administration autonome. Dans le domaine des droits fondamentaux, les garanties établies par les articles 53 et 54 de la Constitution espagnole s'appliquent à l'ensemble des pouvoirs publics, de sorte que chacun d'entre eux, sans exception, doit s'y soumettre. A l'instar de la garantie juridictionnelle [...], la garantie extra-juridictionnelle propre au Défenseur du Peuple ne peut être limitée à la supervision de l'administration centrale de l'Etat mais doit englober, dans une perspective de soumission de l'ensemble des composantes du pouvoir public aux garanties constitutionnelles des droits, toutes les administrations publiques* ». Prévisible, cette « *décision de raison* », selon les propres termes des représentants madrilènes³⁵⁴⁵, n'en demeure pas moins particulièrement bienvenue en ce qu'elle contribue à préserver l'unité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux sur le territoire espagnol. Pour autant, elle ne saurait mettre définitivement à l'abri le Défenseur du Peuple des vellétés indépendantistes de certaines Communautés autonomes. A l'heure où la Catalogne évoque l'idée d'un référendum sur l'autodétermination d'ici à quatre ans³⁵⁴⁶, le risque que des conflits similaires se présentent de nouveau dans les années à venir ne saurait effectivement être négligé.

1455. De nature à compenser l'absence de services déconcentrés du Défenseur du Peuple à l'échelle locale, l'existence de commissaires parlementaires au sein des Communautés autonomes, aussi opportune soit-elle, n'en demeure pas moins porteuse, en définitive, d'un risque de concurrence de la protection offerte par l'ombudsman étatique. En effet, tandis que

³⁵⁴¹ Sur ce point, v. A. Colomer Viadel, « El Defensor del Pueblo : un órgano político-administrativo de protección de los derechos », *op. cit.*, p. 61.

³⁵⁴² STC 31/2010 du 28 juin 2010, *op. cit.*, FJ. 33.

³⁵⁴³ Par cette décision, le Tribunal constitutionnel a effectivement censuré 14 articles du nouveau Statut d'autonomie de la Catalogne, et non des moindres puisqu'il s'agissait de dispositions touchant de près aux compétences régaliennes et à la souveraineté de l'Etat espagnol, parmi lesquelles la consécration d'un département de justice de Catalogne, la préférence pour la langue catalane ou, encore, l'augmentation des compétences fiscales de la Communauté autonome (pour une approche approfondie de cette question, le lecteur pourra utilement se référer à H. Alcaraz et O. Lecucq, « L'Etat des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau Statut de la Catalogne. Commentaire de l'arrêt 31/2010 du 28 juin 2010 », *R.F.D.A.*, 2011, p. 403).

³⁵⁴⁴ J.J. Fernández Rodríguez, « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », *op. cit.*, p. 281.

³⁵⁴⁵ Rapporté par P. Jan, « Espagne. Le Tribunal constitutionnel dit non au nouveau statut de la Catalogne », 14 juillet 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.droitpublic.net].

³⁵⁴⁶ Sur cette question, v. par ex. : S. Morel, « Catalogne : le virage indépendantiste », *Le Monde.fr*, 16 novembre 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr/international] ; H. Sallon, « Artur Mas enregistre un revers aux élections anticipées en Catalogne », *Le Monde.fr*, 26 novembre 2012, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr/europe].

le régime juridique relatif à l'organisation des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes ne permet pas véritablement de prévenir les effets pervers impliqués par le chevauchement des compétences de ces deux catégories d'organes, les revendications actuelles de certaines Communautés autonomes en faveur d'une autonomisation accrue occasionnent des tensions entre le Défenseur espagnol et ses homologues autonomiques. Source d'altération de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, cette première forme de concurrence de l'action de l'*human rights ombudsman* s'accompagne d'une seconde, commune à l'Espagne et au Portugal, en provenance des autorités indépendantes disposant d'une compétence sectorielle.

B. La concurrence des autorités indépendantes sectorielles, une problématique partagée par l'Espagne et le Portugal

1456. « Victime de son succès »³⁵⁴⁷, l'ombudsman réveille, depuis quelques années, des appétits de mimétismes dans la plupart des pays où il a trouvé à s'implanter. Suscitant de vives inquiétudes de la part de l'Institut international de l'ombudsman³⁵⁴⁸, ce phénomène d'« *ombudsmania* »³⁵⁴⁹, qui commence à toucher le secteur privé, à l'instar des banques ou des entreprises de services et de communication³⁵⁵⁰, n'a pas épargné la péninsule ibérique. Au contraire, l'Espagne et le Portugal, on le sait, ont vu émerger au sein de leur ordonnancement juridique un certain nombre d'*ombudsmen* sectoriels auxquels s'ajoutent plusieurs autorités administratives indépendantes. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle, les pays ibériques comptent des autorités non juridictionnelles de garantie disposant d'une seule compétence sectorielle dans des domaines aussi divers et variés que la protection des données personnelles, l'accès aux documents administratifs, la santé, les droits des mineurs ou, encore, les droits des contribuables³⁵⁵¹. Or, l'émergence de telles institutions, qui se distinguent en raison d'un statut et de modalités d'intervention similaires à celles de l'ombudsman spécialisé, engendre d'inévitables tensions avec le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*³⁵⁵². Car, outre qu'elle accroît le déficit de visibilité et d'uniformité de cette forme de protection, la multiplication d'autorités et d'*ombudsmen* sectoriels compétents pour connaître de problématiques similaires à celles de l'*human rights ombudsman* implique un risque de

³⁵⁴⁷ C. Amado Gomes, « O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos », *op. cit.*, p. 106.

³⁵⁴⁸ A cet effet, l'Institut s'efforce de promouvoir la prééminence de l'ombudsman national ou général sur les *ombudsmen* sectoriels et dissuade les Etats de recourir à l'expression « ombudsman » pour désigner des instances de médiation qui ne présentent ni la qualité d'organe de droit public, ni un degré d'indépendance et d'autonomie suffisant (rapporté par J. Santistevan de Noriega, « El Defensor del Pueblo en Iberoamérica », *op. cit.*, p. 990).

³⁵⁴⁹ L'expression est empruntée à plusieurs auteurs : J.-M. Becet, « A propos de l'Ombudsmanie, le médiateur et les organisations internationales », *R.D.H.*, 1977, vol. 1, p. 177 ; F. Delpérée, « Le médiateur parlementaire », in *Le Médiateur*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 66 ; Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁵⁰ En ce sens, v. par ex. : C. Amado Gomes, *op. cit.*, p. 106 ; J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 444 ; A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 49 ; J.C. Vieira de Andrade, « O Provedor de justiça e a protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos », *op. cit.*, p. 62 ; F. Vírveda Barca (Coord.), R. Ramós Torre, J.V. Gómez Rivas, [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, *op. cit.*, p. 25.

³⁵⁵¹ Pour une approche approfondie de cette question, v. *supra*, n° 218 et ss.

³⁵⁵² En ce sens, v. J. Santistevan de Noriega, « El Defensor del Pueblo en Iberoamérica », *op. cit.*, p. 990.

concurrence entre ces deux catégories d'organes préjudiciable à la qualité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux.

1457. Commune à l'Espagne et au Portugal, cette problématique n'a, en théorie à tout le moins, pas véritablement lieu d'être en France dans la mesure où la mise en place du Défenseur des droits procède d'une volonté de rationalisation du système institutionnel non juridictionnel de garantie des droits fondamentaux, dont la finalité consiste dans la substitution d'un système d'entrée unique de l'ensemble des plaintes intéressant les droits et libertés à l'ancien système de protection de type sectoriel. Evidemment, la persistance d'autorités indépendantes sectorielles au côté du nouveau Défenseur français commande de rester prudent. Dès lors que « *la faculté d'attribuer au Défenseur des droits des compétences à l'égard de "tout autre organisme" qu'un organisme chargé d'une mission de service public n'a pas été entendue de manière large et [que] le transfert des compétences au Défenseur des droits est demeuré restreint à certaines autorités chargées de la protection des droits et libertés* », le risque pour ce dernier de voir son action concurrencée par des organes similaires semble, en effet, demeurer relativement important³⁵⁵³. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le législateur français a prévu divers dispositifs de nature à favoriser l'émergence d'une collaboration entre le Défenseur des droits et les autorités préservées, à savoir, pour l'essentiel, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la Commission d'accès aux documents administratifs et la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

1458. C'est là une différence de taille avec l'Espagne et le Portugal où, en dépit de l'utilité indiscutable de certaines des autorités indépendantes sectorielles mises en place (1), le silence des textes de référence au sujet des rapports entre l'*human rights ombudsman* et de telles autorités emporte le risque que s'instaure une certaine rivalité entre ces deux catégories d'organes (2). Aussi apparaît-il indispensable que l'Espagne et le Portugal se dotent, à l'instar de la France, de dispositifs de nature à encourager la collaboration entre l'ombudsman spécialisé et les institutions analogues disposant d'une seule compétence sectorielle (3).

1. L'utilité indiscutable de certaines de ces autorités

1459. Si l'on ne saurait rejoindre le professeur Juan Luis Pérez Francesch lorsqu'il salue le phénomène d'« ombudsmania » qui traverse l'Espagne³⁵⁵⁴, il convient de reconnaître que la formule des autorités administratives indépendantes et des *ombudsmen* sectoriels ne saurait être rejetée en bloc. Compte tenu de la spécificité des matières dans lesquelles elles interviennent, certaines de ces structures, eu égard précisément à leur spécialisation³⁵⁵⁵, se révèlent, en effet, sinon indispensables, difficilement remplaçables. Car, à la vérité, l'efficacité de l'action de l'*human rights ombudsman*, dans certains domaines d'intervention

³⁵⁵³ L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5.

³⁵⁵⁴ J.L. Pérez Francesch, « El Defensor del Pueblo en España: Balance de veinticinco años de experiencia constitucional », *R.E.P.*, 2005, n° 128, p. 86.

³⁵⁵⁵ En ce sens, v. J. Caupers, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 89.

marqués par une technicité particulière, n'est que difficilement garantie³⁵⁵⁶, sa fonction généraliste de protection de l'ensemble des droits fondamentaux ne lui permettant pas d'acquiescer les compétences techniques requises. En somme, et comme le souligne le professeur João Caupers, face à une administration publique toujours plus complexe et diversifiée, la mise en place d'*ombudsmen* sectoriels, spécialement aménagés pour connaître de certaines activités de l'administration particulièrement techniques, est loin de manquer de sens³⁵⁵⁷.

1460. C'est d'ailleurs au regard d'un tel constat que doit être comprise la volonté du législateur français de ne pas regrouper l'ensemble des autorités administratives indépendantes chargées de veiller au respect des droits et libertés au sein du nouveau Défenseur des droits. Comme le soulignait le rapporteur de la commission des lois du Sénat, Jean-Jacques Hyest, sur le projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la V^e République : « *l'objectif de simplification des structures et de regroupement des autorités administratives indépendantes, s'il paraît légitime, ne doit pas conduire à ignorer l'intérêt, pour la protection efficace des droits fondamentaux, de certaines autorités spécialisées* »³⁵⁵⁸. Contre-productive³⁵⁵⁹, la substitution, pure et simple, du Défenseur des droits à l'ensemble des autorités indépendantes sectorielles, « *difficile à assumer politiquement* »³⁵⁶⁰, se serait effectivement « *apparenté[e] à une rationalisation excessive nocive à la garantie de la protection des droits* »³⁵⁶¹. C'est pourquoi les revendications de certains auteurs français en faveur d'un regroupement global ne sauraient véritablement emporter l'adhésion³⁵⁶², *a fortiori* lorsque le regroupement proposé englobe des autorités dont la mission ne touche qu'indirectement aux droits fondamentaux, à l'instar du Médiateur du cinéma, du Médiateur national de l'énergie ou, encore, de la Commission de sécurité des consommateurs³⁵⁶³. Evidemment, la fusion de l'ensemble des autorités indépendantes chargées de veiller, de près ou de loin, à l'effectivité des droits de la personne humaine se révèle tentante. Ainsi que l'écrit, non sans ironie, le professeur Marie-Anne Frison-Roche,

³⁵⁵⁶ Sur ce point, v. *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁵⁷ J. Caupers, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 89.

³⁵⁵⁸ J.-J. Hyest, *Rapport n° 387 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la V^e République*, *op. cit.*, p. 206.

³⁵⁵⁹ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁶⁰ N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1692.

³⁵⁶¹ L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5.

³⁵⁶² C'est, par exemple, le cas d'Agnès Martinel et Mayada Boulos lorsqu'elles affirment : « *si l'ambition de la réforme était de créer une réelle institution apparentée à l'Ombudsman scandinave ou au Défenseur du Peuple espagnol, pourquoi alors ne pas y intégrer toutes les autorités administratives indépendantes, chargées de près ou de loin de défendre les libertés ?* » (« Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*).

³⁵⁶³ Jean-Claude Zarka affirme en ce sens que « *si l'ambition du législateur est de fusionner les autorités administratives, pourquoi, comme l'ont relevé plusieurs parlementaires, écarter le médiateur du cinéma ou le médiateur national de l'énergie, ou encore la Commission de sécurité des consommateurs (CSC) ?* » (« Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1030).

« parce qu'elles participent toutes à la défense de l'intérêt général et du faible, le schéma idéal serait de les fusionner toutes. [Mais] cela s'appellerait l'Etat »³⁵⁶⁴.

1461. Légitime, la décision du législateur français de préserver certaines autorités administratives indépendantes ne saurait pour autant présumer de la pertinence du choix des autorités regroupées et, inversement, de celles maintenues. Au contraire, effectué sans que n'ait été réalisée, au préalable, de véritable réflexion d'ensemble sur la catégorie des autorités administratives indépendantes, le regroupement opéré, tel que souligné précédemment, se présente, à bien des égards, comme le résultat d'une grande improvisation. Dans ces conditions, rien de très surprenant à ce que les choix effectués par le législateur nourrissent d'importantes critiques, et ce aussi bien vis-à-vis des autorités fusionnées que de celles finalement préservées. S'agissant de ces dernières, il convient effectivement de constater que, si le choix de maintenir la Commission d'accès aux documents administratifs et la Commission nationale d'informatique et des libertés semble faire l'objet d'un accueil globalement favorable³⁵⁶⁵, un consensus se fait jour, en revanche, pour condamner la décision d'exclure le Contrôleur général des lieux privatifs de libertés du regroupement. Et pour cause ! Alors même que la majorité des homologues étrangers du Défenseur des droits bénéficient d'une mission qui englobe les lieux de privation de liberté³⁵⁶⁶, *« 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 »³⁵⁶⁷*. Initialement envisagée par le Comité Balladur³⁵⁶⁸ et le gouvernement³⁵⁶⁹, abandonnée par la commission des lois du Sénat, puis de nouveau proposée par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, la substitution du Défenseur des droits au Contrôleur général des lieux privatifs de liberté a finalement été rejetée par les députés en seconde lecture. Selon le rapporteur de la commission des lois du Sénat, Patrice Gélard, le maintien du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté se justifierait en raison de *« la singularité de sa mission qui, à la différence des autres missions confiées au Défenseur des droits, repose moins sur la saisine de personnes lésées que sur une "démarche de contrôle et de prévention, au moyen de nombreuses visites sur place" »³⁵⁷⁰*. Argument peu convaincant, on en conviendra. A ce titre, Sébastien Denaja ne manque pas de souligner que *« s'il y a lieu, dans une société démocratique évoluée, de se réjouir de l'existence d'une telle institution, en particulier au vu des nombreux rapports attirant l'attention sur le caractère souvent indigne des conditions de détention en France, c'est néanmoins dans ce domaine que l'on constate le plus*

³⁵⁶⁴ M.-A. Frison-Roche, « Autorités administratives incomprises (AAI) », *J.C.P. G.*, 2010, n° 48, p. 2207.

³⁵⁶⁵ Dans un sens contraire, v. par ex. : J.-P. Delevoye, in J.-L. Warsmann, *Rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République*, *op. cit.*, pp. 471-472 ; H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *op. cit.*, 70.

³⁵⁶⁶ H. Pauliat, *op. cit.*, pp. 69-70.

³⁵⁶⁷ R. Boust, « Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », *op. cit.*, p. 13.

³⁵⁶⁸ *Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République*, *op. cit.*, p. 92.

³⁵⁶⁹ En ce sens, v. S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 209.

³⁵⁷⁰ Rapporté par J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1028.

*d'interférences, en grande partie dues à l'action développée par le Médiateur de la République depuis quelques années »*³⁵⁷¹.

1462. Rien de tel concernant la CNIL et la CADA. A l'instar des autorités ibériques similaires, à savoir, d'un côté, l'Agence de protection des données espagnole et, d'un autre côté, la Commission d'accès aux documents administratifs et la Commission nationale de protection des données portugaises, l'existence d'autorités administratives indépendantes dans le domaine de l'accès aux documents administratifs et de la protection des données personnelles se trouve légitimée par la spécificité et la technicité de leur mission³⁵⁷². L'étude d'impact annexée au projet de loi organique relatif au Défenseur des droits relève en ce sens que « *la spécificité de la protection des personnes en matière de traitements de données à caractère personnel, qui suppose des connaissances juridiques et techniques particulières et intervient dans un domaine en rapide évolution, plaide en faveur du maintien d'une institution qui lui soit exclusivement consacrée* »³⁵⁷³. C'est pourquoi la présence de telles autorités au côté de l'ombudsman spécialisé se révèle justifiée. Et ce d'autant plus que la spécificité de leur mission impose que leur soit octroyé un pouvoir réglementaire et de sanction³⁵⁷⁴ les conduisant, parfois, à jouer un rôle quasi-juridictionnel³⁵⁷⁵ par définition incompatible avec la raison d'être de l'*human right ombudsman*³⁵⁷⁶. Présentant pour certaines une utilité indiscutable, les autorités non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux de type sectoriel emportent toutefois le danger de concurrencer l'action de l'ombudsman spécialisé.

2. Le risque de « rivalités » avec l'*human rights ombudsman*

1463. Suscitant, à de rares exceptions près³⁵⁷⁷, de vives critiques doctrinales, la prolifération, bien que modérée³⁵⁷⁸, d'instances non juridictionnelles sectorielles de protection des droits fondamentaux en Espagne et au Portugal, encourage, à n'en pas douter, l'émergence de rivalités entre ces autorités et l'*human rights ombudsman*. Dans la mesure où les défenseurs sectoriels ne peuvent être pensés qu'en tant qu'entités parallèles au Défenseur du Peuple et au

³⁵⁷¹ S. Denaja, *op. cit.*, pp. 509-510.

³⁵⁷² En ce sens, v. par ex. L. Baghestani, « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 5.

³⁵⁷³ *Etude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, *op. cit.*, p. 33.

³⁵⁷⁴ En France, par exemple, la Commission nationale d'informatique et des libertés peut émettre des normes simplifiées « *s'agissant des traitements automatisés ordinaires et les règlements types édictés en vue d'assurer la sécurité des systèmes* » (J.-L. Autin, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*). Elle jouit, en outre, de la faculté de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre du responsable d'un traitement lorsque celui-ci ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui sont adressées dans le but de faire cesser les manquements aux obligations de respect des droits des personnes dans le cadre des traitements de données à caractère personnel (art. 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *op. cit.*). Quant à la Commission d'accès aux documents administratifs, elle dispose d'un pouvoir de sanction lorsqu'elle intervient en matière de réutilisation des données publiques (rapporté par L. Baghestani, *op. cit.*, p. 5).

³⁵⁷⁵ Sur ce point, v. Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁷⁶ En ce sens, v. *supra*, n° 1326-1328.

³⁵⁷⁷ Pour un auteur favorable au mouvement de prolifération des *ombudsmen* et des autorités sectoriels, v. J.L. Pérez Francesch, « El Defensor del Pueblo en España: Balance de veinticinco años de experiencia constitucional », *op. cit.*, p. 86.

³⁵⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 430.

Provedor de Justiça, venant s'ajouter et non se substituer à eux³⁵⁷⁹, le risque de chevauchements de compétences entre ces deux catégories d'organes est effectivement grand. Le problème est que, de l'autre côté des Pyrénées, un tel risque ne se trouve compensé par aucun mécanisme dont l'objet serait de favoriser l'instauration d'un climat de collaboration entre le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, d'un côté, et les organes non juridictionnels de type sectoriel, d'un autre côté³⁵⁸⁰. La question des rapports entre l'*human rights ombudsman* et les *ombudsmen* sectoriels, on l'a vu, étant largement ignorée par les textes relatifs au Défenseur espagnol et au *Provedor* portugais. Sous-entendu par le professeur Jacqueline Morand-Deville, qui s'interrogeait en 1993 sur le fait de savoir si le développement accru des mécanismes non juridictionnels de garantie n'emporte pas le danger « de créer des voies parallèles et parfois concurrentes qu'il pourrait être malaisé ensuite de maîtriser »³⁵⁸¹, le risque de voir émerger des rapports concurrentiels entre les *ombudsmen* ibériques et les *ombudsmen* et autorités indépendantes sectoriels se révèle donc particulièrement fort.

1464. Générant une importante confusion³⁵⁸², la multiplication des autorités non juridictionnelles sectorielles et, surtout, l'absence de dispositif susceptible de garantir la coordination de leur action avec celle du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* ne va pas sans altérer l'efficacité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux sur la péninsule ibérique. Il en résulte, en effet, d'une part, des difficultés pour le citoyen à déterminer l'institution à privilégier en cas d'atteinte portée à ses droits fondamentaux³⁵⁸³ et, d'autre part, un risque de voir émerger des solutions divergentes d'un organe à l'autre. Aussi est-il possible de rejoindre le professeur Álvaro Gil-Robles lorsqu'il affirme que les *ombudsmen* sectoriels, s'ils se présentent de prime abord comme des organes complémentaires de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé, fragilisent et affaiblissent, en réalité, l'action poursuivie par ce dernier³⁵⁸⁴. Et ce d'autant plus que, bien souvent, la mise en place de ce type d'organes est le résultat de pressions exercées par des groupes sociaux qui ont un intérêt particulier à défendre, lequel ne coïncide pas toujours avec les exigences qui sont celles de l'intérêt général³⁵⁸⁵. C'est pourquoi l'Espagne et le Portugal gagneraient à s'inspirer des dispositifs imaginés par législateur français afin d'encourager la collaboration entre le Défenseur des droits et les autorités administratives indépendantes non regroupées en son sein.

³⁵⁷⁹ En ce sens, v. J.J. Gomes Canotilho et Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, vol. I, *op. cit.*, p. 444.

³⁵⁸⁰ S'agissant du Portugal, le propos se doit toutefois d'être nuancé dès lors que l'article 2-1 du statut du *Provedor de Justiça*, dans sa rédaction issue de la loi du 18 février 2013 (loi n° 17/2013, *op. cit.*), donne explicitement compétence à l'institution pour connaître de l'activité des autorités administratives indépendantes (en ce sens, v. *supra*, n° 541). Aussi le *Provedor* portugais dispose-t-il de la possibilité d'inciter des autorités telles que la Commission d'accès aux documents administratifs et la Commission nationale de protection des données à coordonner leur action avec la sienne.

³⁵⁸¹ J. Morand-Deville, « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », *op. cit.*, p. 486.

³⁵⁸² Sur ce point, v. M. García Alvarez, in « Encuesta sobre el Defensor del Pueblo », *op. cit.*, p. 38.

³⁵⁸³ En ce sens, v. en part. J.M. Menéres Pimentel, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 81.

³⁵⁸⁴ Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 37.

³⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 38.

3. La nécessaire mise en place de mécanismes de collaboration

1465. Fort de son statut constitutionnel et de sa mission générale de défense de l'ensemble des droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman* jouit, par définition, d'un ascendant sur les organes similaires disposant d'une seule compétence sectorielle³⁵⁸⁶. Par conséquent, on pourrait parfaitement imaginer, sur la base de ce rapport hiérarchique, un système où le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* se présenteraient comme les autorités coordinatrices de l'activité de l'ensemble des instances non juridictionnelles sectorielles intervenant dans le domaine des droits et libertés. Une solution, pour ce faire, consisterait à faire transiter l'ensemble des plaintes adressées aux autorités sectorielles par l'ombudsman spécialisé, afin que ce dernier détermine qu'elle est l'organe le plus apte pour en connaître, tout en autorisant le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais à adresser des recommandations aux défenseurs sectoriels dans le but, notamment, de garantir l'unité de sens du système non juridictionnel de garantie. Plus raisonnablement, on pourrait également envisager une simple modification des textes ibériques de référence dans un sens similaire à l'article 9 de la loi organique relative au Défenseur des droits, aux termes duquel, on le rappelle, l'institution française est, non seulement autorisée à transmettre des réclamations, accompagnées le cas échéant de ses observations, à une autre autorité indépendante investie d'une mission de protection des droits et libertés, mais également associée, à sa demande, aux travaux de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et de la Commission d'accès aux documents administratifs. En outre, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* pourraient être expressément autorisés à conclure des conventions avec les organes connexes afin de s'assurer que les réclamations relevant de leur compétence générale en matière de protection des droits et libertés leur soit transmises³⁵⁸⁷. Bref, imaginer un dispositif de coordination en mesure de prévenir les éventuels risques de concurrence et de dispersion au sein du système institutionnel non juridictionnel ibérique de garantie.

1466. On se doit toutefois de préciser que, indépendamment de la mise en place de tels dispositifs de coordination, la meilleure solution consisterait encore, pour les autorités normatives, à réfléchir à deux fois avant de créer une autorité indépendante ou un défenseur sectoriel susceptible de concurrencer l'activité de l'ombudsman spécialisé. Evidemment, le succès rencontré par le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais rend le recours à de telles institutions particulièrement attrayant. Pour autant, l'ancien *Provedor de Justiça* Henrique Nascimento Rodrigues ne manquait pas de rappeler en 2006 combien il est important que le Parlement ne cède pas à l'illusion de multiplier les défenseurs sectoriels³⁵⁸⁸. Deux facteurs, au-delà du risque de concurrence susceptible de s'instaurer entre les autorités non

³⁵⁸⁶ N. Marcon, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 1692.

³⁵⁸⁷ En France, l'article 9 du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits, tel que modifié par la commission des lois du Sénat, prévoyait initialement un dispositif similaire. Il s'agissait d'inciter le Défenseur des droits et les autres autorités administratives indépendantes investies d'une mission de protection des droits fondamentaux à conclure des conventions afin « d'organiser des échanges d'informations » et « d'assurer le meilleur traitement possible des réclamations qui leur sont adressés, en fonction de leurs compétences » (en ce sens, v. P. Gélard, *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 39).

³⁵⁸⁸ H. Nascimento Rodrigues, « Prefácio » a *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição, op. cit.*, p. 8.

juridictionnelles de type sectoriel et l'ombudsman spécialisé, imposent, en effet, de n'utiliser qu'à bon escient la formule des défenseurs sectoriels.

1467. *Primo*, les Constitutions espagnole et portugaise prohiberaient, selon bon nombre d'auteurs, sinon l'existence des autorités administratives indépendantes³⁵⁸⁹, celle des *ombudsmen* sectoriels. C'est ainsi qu'en Espagne, le professeur Fernando Sainz Moreno estime que le caractère unipersonnel du Défenseur du Peuple s'oppose à la mise en place de défenseurs spécialement aménagés pour intervenir dans un domaine spécifique³⁵⁹⁰. De même, au Portugal, les professeurs Jorge Miranda et Rui Medeiros considèrent que le *Provedor de Justiça*, en tant qu'organe constitutionnel dont le domaine de compétence se trouve déterminé par la norme suprême, ne saurait être dépouillé des prérogatives qui lui appartiennent au profit d'autres organes. Et aux auteurs de conclure : pas plus qu'il ne peut y avoir plus d'un Conseil économique et social, plus d'un Conseil supérieur de la Défense nationale, ou plus d'un organe de protection des données personnelles, il ne saurait y avoir deux ou plusieurs *Provedor de Justiça*³⁵⁹¹.

1468. *Secundo*, la multiplication à l'excès d'autorités non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux inspirées du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* participe d'un double mouvement de banalisation³⁵⁹² et de dénaturation³⁵⁹³ de l'*human rights ombudsman* source de dévalorisation de cette forme de protection. Comment, en effet, imaginer que l'utilisation du label « Défenseur du Peuple » ou « *Provedor de Justiça* » pour désigner des organes qui ne répondent pas toujours aux exigences statutaires que sont celles d'un ombudsman³⁵⁹⁴ n'emporte pas une détérioration de l'image de l'institution³⁵⁹⁵.

1469. Dans ces conditions, le Portugal et l'Espagne gagneraient à ne recourir à la formule des défenseurs sectoriels qu'à partir du moment où le besoin auquel entend répondre l'autorité mise en place ne peut être traité de façon aussi satisfaisante par l'*human rights ombudsman*. D'autant qu'une augmentation du budget alloué au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*, en lieu et place de la création d'instances de garantie de type sectoriel, devrait permettre aux *ombudsmen* ibériques, dont l'organisation interne repose sur des services spécialisés, de répondre aux attentes des bénéficiaires des droits fondamentaux dans certaines matières spécifiques³⁵⁹⁶.

³⁵⁸⁹ Ceci est particulièrement vrai au Portugal où l'article 267-3 de la Constitution, on le sait, prévoit que le législateur peut créer des autorités administratives indépendantes.

³⁵⁹⁰ F. Sainz Moreno, « Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las camaras) », *op. cit.*, p. 38.

³⁵⁹¹ J. Miranda et R. Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, *op. cit.*, p. 220.

³⁵⁹² Sur ce point, v. J. Caupers, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 84.

³⁵⁹³ Le professeur Carla Amado Gomes parle, en ce sens, de « décaractérisation » (« O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos », *op. cit.*, p. 106).

³⁵⁹⁴ En ce sens, v. A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, *op. cit.*, p. 49.

³⁵⁹⁵ J.M. Menéres Pimentel, « A pluralidade do Ombudsman : vantagens e inconvenientes para a Administração Pública », *op. cit.*, p. 78.

³⁵⁹⁶ Sur cette question, v. en part. : Á. Gil-Robles, « Pluralidade e singularidade do Ombudsman na comparação de experiências europeias », *op. cit.*, p. 37 ; J.M. Menéres Pimentel, *op. cit.*, p. 81.

1470. En définitive, deux catégories d'insuffisances, que sont, d'un côté, l'identification de carences institutionnelles et, d'un autre côté, la concurrence de l'activité des *ombudsmen* espagnol et portugais par des autorités similaires, plaident en faveur d'un perfectionnement du modèle ibérique de l'ombudsman. Affectant davantage le Défenseur espagnol que le *Provedor* portugais, ces insuffisances demeurent étrangères au Défenseur des droits. Bien entendu, l'affirmation se doit d'être nuancée s'agissant de la concurrence en provenance d'autorités non juridictionnelles de garantie disposant d'une seule compétence sectorielle. En effet, bien que l'introduction du Défenseur des droits procède d'une volonté d'endiguer le phénomène de sectorisation du système institutionnel français de garantie, la nouvelle institution française ne s'est pas substituée à l'ensemble des autorités indépendantes sectorielles spécialisées dans la protection des droits fondamentaux. Aussi un risque de concurrence en provenance de ces autorités perdure en France également. Toutefois, cette problématique ne se pose pas dans les mêmes termes que de l'autre côté des Pyrénées puisque, ainsi qu'il a pu être démontré, si des autorités indépendantes sectorielles subsistent au côté du Défenseur des droits, le législateur français, à la différence de ses homologues ibériques, a prévu divers dispositifs de nature à favoriser l'émergence d'une collaboration entre le Défenseur des droits et les autorités préservées. Le Défenseur des droits accuse, en revanche, des insuffisances qui lui sont propres particulièrement préjudiciables à l'effectivité de sa fonction de défense des droits fondamentaux.

Section 2 – Les voies de perfectionnement propres au Défenseur des droits

1471. En dépit d'une première année d'activité porteuse d'avancées indiscutables du point de vue de la protection des droits fondamentaux, le Défenseur des droits, on l'a vu, n'en accuse pas moins des insuffisances regrettables en comparaison à ses homologues espagnol et portugais. Conséquence immédiate de la rupture du lien jusque là existant entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit³⁵⁹⁷, de telles carences s'accompagnent, de surcroît, d'une nécessaire période d'acclimatation de cette nouvelle forme de garantie. Institution émergente, le Défenseur des droits encourt, en effet, le risque de pâtir d'une certaine fragilité lors de ses premières années d'activité. Evidemment, le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, à l'instar de toute institution nouvellement mise en place, ont également été confronté à cette problématique lors de leur premières années d'activité. Aussi cette dernière est-elle propre aujourd'hui au Défenseur des droits. En revanche, nul doute que, compte tenu de la spécificité du contexte de mise en place du Défenseur des droits, elle trouve à s'exprimer avec une acuité autrement plus importante en France que de l'autre côté des Pyrénées. A savoir que, d'une part, la substitution de la nouvelle institution française au Défenseur des enfants, à la HALDE et à la CNDS n'est pas du goût de tout le monde, d'autre part, le Défenseur des droits ne saurait trouver à bénéficier du prestige de la mission d'acclimatation des droits et libertés prise en charge par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* à la sortie des dictatures ibériques.

³⁵⁹⁷ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à l'annexe 1.

1472. Or, de telles disparités par rapport au modèle originel de l'ombudsman spécialisé, si elles ne sauraient remettre en cause le caractère indispensable de la protection unitaire et plurifonctionnelle proposée par le Défenseur des droits, n'en demeurent pas moins une source d'entrave potentielle à l'efficacité de la garantie non juridictionnelle en France. Aussi est-il légitime d'en appeler à un nécessaire perfectionnement du Défenseur des droits, lequel postule non seulement la mise en adéquation de l'institution française sur le modèle ibérique de référence (§ 1), mais également son ancrage au sein du système institutionnel de garantie (§ 2).

§ 1. La nécessaire mise en adéquation institutionnelle du Défenseur des droits sur le modèle ibérique de référence

1473. Indépendamment des insuffisances qu'il partage avec le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, le Défenseur des droits accuse, de surcroît, des carences institutionnelles qui lui sont propres. Sans parler, ainsi qu'ont pu le faire certains, d'« *inacceptable régression* »³⁵⁹⁸, de « *recul des contre-pouvoirs* »³⁵⁹⁹ ou, encore, « *d'institution la plus contestée de la V^e République* »³⁶⁰⁰, le Défenseur français, en dépit d'une filiation évidente avec le modèle ibérique de l'ombudsman, s'écarte, en effet, de ses homologues espagnol et portugais sur plusieurs points. Certes, la nouvelle institution française se trouve porteuse d'avancées indiscutables en comparaison aux autorités qu'elle remplace. On est toutefois bien loin du modèle ibérique de référence sur lequel le Comité Balladur entendait prendre exemple³⁶⁰¹. A l'instar, jadis, du Médiateur de la République, inspiré de l'ombudsman scandinave sans pour autant en proposer une retranscription fidèle³⁶⁰², le Défenseur des droits s'écarte, à son tour, du modèle ibérique dont il entend s'inspirer.

1474. Ce n'est pourtant pas faute de mises en garde, de la part de la doctrine la plus autorisée, au sujet des dangers attachés au mimétisme institutionnel. On songera, par exemple, au professeur Pierre Legrand lorsqu'il écrit : « *la différence souffre depuis Platon de ce que, dans le cadre d'une re-présentation, la copie n'est jamais l'original. Toujours envisagée comme inférieure à l'original, la copie est considérée comme en étant différente d'une*

³⁵⁹⁸ L. Jospin, « Libertés : inacceptable régression », *Le Monde*, 01 juin 2010, [en ligne]. Disponible sur [www.lemonde.fr].

³⁵⁹⁹ F. Krug, N. le Blevenec, P. Riché, A. Scalbert et Z. Dryef, « Le Défenseur des droits, un recul des contre-pouvoirs ? », *op. cit.*

³⁶⁰⁰ Dans un article consacré à la nouvelle autorité non juridictionnelle française, Agnès Martinel et Mayada Boulos s'interrogent, en effet, sur le point de savoir « *si le Défenseur des droits est-il en passe de devenir l'institution la plus contestée de la V^e République ?* » (« Le défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*).

³⁶⁰¹ Le constat est unanimement dressé par la doctrine. Sans prétendre à l'exhaustivité, le lecteur pourra utilement se référer à : N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1683 ; A. Martinel et M. Boulos, « Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.* ; J.-C. Ménard, « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4 ; C. Teitgen-Colly, « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, pp. 412-413.

³⁶⁰² Sur cette question bien connue, v. not. : A. Legrand, « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *op. cit.*, pp. 853 et 861 ; « Médiateur ou ombudsman », *A.J.D.A.*, 1973, p. 237.

manière qui connote l'échec »³⁶⁰³. On comprend dès lors pourquoi Henry Puget, s'interrogeant, en 1965, quant à la nécessité d'introduire un ombudsman en France, affirmait : « *N'imitons pas à la légère !* »³⁶⁰⁴. Et pourtant, c'est précisément l'impression que renvoie le Défenseur des droits sur certains points. En dehors des interrogations inhérentes à la spécificité de son processus de création³⁶⁰⁵, la nouvelle institution française, contrairement au Défenseur espagnol et au *Provedor* portugais, se trouve privée, non seulement de l'élection de son représentant à la majorité qualifiée des membres du Parlement, mais également de la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution.

1475. De toute évidence, et tel qu'il a déjà été souligné, il faut voir là une conséquence immédiate de la différence de contexte ayant présidé à la mise en place de l'institution française par rapport au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça*. Le constituant et le législateur français, libérés des exigences relatives au rétablissement des valeurs de l'Etat de droit à la sortie d'une longue période de dictature, ont accordé moins d'attention à la configuration institutionnelle de l'ombudsman spécialisé que leurs homologues ibériques. Pour tout dire, les débats entourant la mise en place du Défenseur des droits se sont distingués en raison d'un manque d'intérêt des parlementaires à l'endroit de la nouvelle institution. Obnubilés par la question de la substitution du Défenseur des droits aux autorités administratives indépendantes déjà existantes, le constituant et le législateur ont perdu de vue certains aspects fondamentaux du modèle ibérique de l'ombudsman. Pire, une certaine improvisation se dégage à l'observation du processus de création de l'institution. Ainsi que le souligne Jean-Christophe Ménard, « *une cohérence et une continuité semblent se dégager entre la proposition initialement formulée par le comité et le titre XI bis finalement adopté par le Congrès du Parlement. Mais cette cohérence et cette continuité sont largement empruntées dans la mesure où la révision constitutionnelle témoigne de la perplexité, voire de l'hostilité des parlementaires à l'égard de cette nouvelle institution qui ne leur sembla pas avoir été suffisamment pensée [...]* »³⁶⁰⁶.

1476. Pointée du doigt par une frange non négligeable de la doctrine³⁶⁰⁷, une telle improvisation trouve, notamment, à s'exprimer au regard de la place occupée par le Défenseur des droits au sein du texte constitutionnel. Son inscription au sein d'un Titre XI bis, parmi des dispositions globalement dépourvues de lien avec la problématique des droits

³⁶⁰³ P. Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *op. cit.*, p. 329.

³⁶⁰⁴ H. Puget, « Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura », *op. cit.*, p. 18.

³⁶⁰⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 1152 et ss.

³⁶⁰⁶ J.-C. Ménard, « Le défenseur des droits : «monstre bureaucratique», «gadget constitutionnel» ou garantie effective des libertés ? », *op. cit.*, p. 4.

³⁶⁰⁷ Florian Aumond évoque ainsi une « impression d'improvisation qui naît à l'observation de la gestation du Défenseur des droits (« Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *op. cit.*, p. 916). Quant au professeur Catherine Teitgen-Colly, « *sous couvert de pragmatisme, c'est en vérité une grande improvisation à laquelle s'est livré l'exécutif, mais aussi le Parlement, qu'il s'agit de principe même de l'institution d'un Défenseur des droits par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 pourtant présentée comme l'un des fleurons de la révision constitutionnelle, ou de la définition par la loi organique du 29 mars 2011 de son architecture et notamment de son périmètre d'intervention* » (« La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 411).

fondamentaux³⁶⁰⁸, manque, en effet, de convaincre tant elle renvoie une impression de négligence et de précipitation de la part du constituant. Evidemment, il convient de garder à l'esprit que l'absence de catalogue de droits fondamentaux en ouverture du texte constitutionnel français offre, en cette matière, des potentialités sensiblement plus réduites que de l'autre côté des Pyrénées. Reste que le choix opéré par le constituant, quand bien même il s'apparenterait à un pis-aller, n'en témoigne pas moins d'un déficit global de réflexion autour de l'institution nouvellement créée.

1477. Or, une telle négligence des autorités normatives françaises ne saurait être sans conséquence du point de vue de l'efficacité des interventions du Défenseur des droits. « *Rien de grand ne s'est accompli dans le monde sans passion* », écrivait Friedrich Hegel³⁶⁰⁹. Certes, l'apport de la nouvelle institution pour les droits fondamentaux est loin d'être négligeable. Il ne saurait, néanmoins, être strictement équivalent à celui des *ombudsmen* ibériques. C'est pourquoi on ne peut véritablement plaider en faveur de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux sans revendiquer la mise en adéquation statutaire du Défenseur des droits sur le modèle ibérique dont il entend s'inspirer. Indispensable pour ne pas que la création du Défenseur des droits demeure « *un coup d'épée dans l'eau* »³⁶¹⁰, un tel alignement de l'institution française sur le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* suppose, d'une part, un renforcement des relations du Défenseur des droits avec l'organe parlementaire (A) et, d'autre part, l'attribution de prérogatives semi-contentieuses de saisine du Conseil constitutionnel de recours en inconstitutionnalité (B).

1478. Evidemment, l'entreprise n'est pas aisée dès lors qu'elle postule une révision de la Constitution. Cela étant, si la constitutionnalisation pérennise l'institution, elle ne la fige pas, pour autant, dans un schéma indépassable³⁶¹¹. L'adoption de l'article 71-1 de la Constitution a, certes, clos le débat constitutionnel relatif au Défenseur des droits. Mais, dans la mesure où une institution est nécessairement amenée à évoluer dans le temps, le constituant ressentira peut être un jour le besoin de modifier l'article 71-1 de la Constitution. Ce sera alors l'occasion pour celui-ci de s'interroger quant à l'opportunité de réviser l'actuel mode de nomination de l'institution et d'octroyer au Défenseur la faculté de saisir le Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées. Pour l'heure, il serait également souhaitable que le législateur procède à un renforcement des moyens humains et financiers attribués à la nouvelle institution afin de lui permettre de s'acquitter de sa mission en toute quiétude (C).

³⁶⁰⁸ Le Titre XI bis fait suite au Titre XI, consacré au Conseil économique, social et environnemental, et précède le Titre XI, relatif aux collectivités territoriales.

³⁶⁰⁹ F. Hegel, *La Raison dans l'Histoire*, éd. 10/18, p. 10.

³⁶¹⁰ D. Amson, « L'institution du Médiateur : un coup d'épée dans l'eau », *op. cit.*

³⁶¹¹ Le professeur Claude Nicolet écrit en ce sens : « *les textes ne sont pas figés ; ils ne sont pas entièrement l'arche sainte. C'est là le sort commun de beaucoup de constitutions, écrites ou non écrites [...]* » (« Constitutions et citoyens », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 103). De même, François Ost rappelle que « *si elle sait utiliser le flux du devenir, l'institution ne le fige pas pour autant ; on sait bien que, faute d'être sans cesse revivifiée, elle serait gagnée par l'usure et l'inertie. Aussi bien la révision périodique de ses règles et procédures, loin de s'analyser comme un échec de ses prévisions, est-elle gage de sa continuité* » (*Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, p. 199). Et dans un sens similaire, le lecteur pourra utilement se référer à l'article de D.G. Lavroff, « La Constitution et le Temps », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, *op. cit.*, p. 208.

A. Renforcer les relations avec le Parlement

1479. C'est un fait, sans l'appui du Parlement, l'efficacité de l'action de l'ombudsman risque de se trouver sensiblement amoindrie. Sinon indispensable, le soutien de l'organe parlementaire, on le sait, permet à l'ombudsman de trouver un relais nécessaire à la concrétisation de ses interventions en faveur des droits de la personne humaine³⁶¹². Aussi une relation de confiance avec le Parlement, ainsi que le souligne très justement Dominique Baudis, se présente comme « *une condition essentielle pour ancrer le Défenseur des droits dans notre paysage institutionnel ainsi qu'un gage de son efficacité* »³⁶¹³.

1480. Or, le fait qu'en France le Parlement ne participe qu'*a minima* à la nomination du Défenseur des droits ne va pas sans affaiblir les relations entretenues par ces deux catégories d'organes. En contradiction avec l'esprit d'une réforme constitutionnelle dont la finalité consistait dans la revalorisation du Parlement³⁶¹⁴, la participation *a minima* des parlementaires à la nomination du Défenseur des droits apparaît d'autant plus regrettable que la saisine de la nouvelle institution française ne repose plus, à la différence du Médiateur de la République, sur un système de filtre parlementaire lequel, par la force des choses, favorisait un contact permanent entre l'ancien Médiateur et le Parlement. Par conséquent, le renforcement des relations entre l'institution parlementaire et le Défenseur des droits commande une révision du système de nomination de ce dernier (1). Il suppose, au surplus, la mise en place de mécanismes de collaboration entre ces deux organes (2).

1. L'alignement du mode de nomination du Défenseur des droits sur le système ibérique

1481. « *Quoique atténuée, l'une des principales failles du statut du Médiateur de la République se retrouve dans la procédure de nomination du Défenseur des droits, qui s'écarte de son exemple ibérique, véritable commissaire des Cortès Générales ou du modèle général de l'ombudsman, conçu en Suède et dans les pays qui en ont imité l'exemple, comme une autorité émanant du Parlement, aux fins de l'exercice d'un contrepoids vis-à-vis du pouvoir exécutif* »³⁶¹⁵. Ces quelques mots, empruntés à Edwin Matutano, rendent compte des graves lacunes affectant le mode de désignation du Défenseur des droits retenu par le constituant français. Contrairement au Comité Balladur qui, soucieux de conférer à la nouvelle institution française une autorité et une légitimité comparables à celles dont jouissent le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça*, préconisait l'élection de son représentant à une majorité qualifiée des trois cinquièmes des députés, sur proposition d'une commission ad hoc de

³⁶¹² En ce sens, v. *supra*, n° 917 et ss.

³⁶¹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 4.

³⁶¹⁴ A l'occasion des débats du 11 janvier 2011 relatifs à la loi organique relative au Défenseur des droits, le député René Dosière indiquait en ce sens : « *c'est une disposition (l'élection du Défenseur des droits à la majorité des trois cinquièmes des membres de l'Assemblée nationale) qui renforce le rôle de l'Assemblée nationale. J'avoue que nous n'avons toujours pas compris, Christian Vanneste et moi-même, comment la majorité a pu repousser l'amendement en question, limitant ainsi elle-même, au fond, le pouvoir du Parlement, ce qui est en contradiction totale avec l'esprit de la réforme que vous avez votée !* » (*J.O.* de l'Assemblée nationale du 12 janvier 2011, n° 1, compte rendu intégral, séance du 11 janvier 2011, p. 31.).

³⁶¹⁵ E. Matutano, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

l'Assemblée nationale, le constituant a effectivement préféré un système de nomination accordant une place prépondérante au chef de l'Etat : la nomination du Défenseur des droits par décret du Président de la République en Conseil des ministres.

1482. Certes, la procédure utilisée est celle du nouvel article 13 de la Constitution, qui impose, préalablement à l'adoption de l'acte de nomination par le chef de l'Etat, une consultation de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Leur intervention, qui prend la forme d'un avis public, empêchant la nomination lorsque l'addition des votes négatifs, dans chaque commission, représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés. On s'accordera toutefois pour affirmer que, dans un contexte de phénomène majoritaire et de tendance à l'hyper-présidentialisation du régime, un tel cas de figure demeure hautement improbable. Au point que le système de nomination actuellement existant emporte un risque non négligeable d'instrumentalisation du Défenseur des droits par le chef de l'Etat³⁶¹⁶.

1483. Or, il ne faudrait pas que l'institution s'apparente à un simple effet d'annonce. On ne saurait, en effet, trop insister sur ce point, l'ombudsman ne mérite pas d'être instauré si, pour des raisons d'opportunité politique, est brandi le slogan de la défense des droits et libertés, en songeant, au fond, à convertir l'institution en une figure docile avec le gouvernement³⁶¹⁷. C'est pourquoi il serait opportun qu'en cette matière le constituant français s'aligne sur le système ibérique de l'élection de l'ombudsman à la majorité qualifiée des trois cinquièmes des membres du Parlement (a). Car, « *s'il est vrai, "deux siècles après Napoléon, que l'indépendance n'est toujours pas une spécialité française", les symboles ne suffisent plus ; le temps est venu de fabriquer de véritables contre-pouvoirs* »³⁶¹⁸. Et ce à plus forte raison qu'en dehors du renforcement de son indépendance à l'égard de l'exécutif, l'élection du Défenseur des droits à une majorité renforcée de parlementaires emporterait un gain de légitimité démocratique pour son représentant (b).

a. La nécessité d'un système d'élection parlementaire pure

1484. Permettant d'éviter que ne soit nommée une personnalité suscitant l'opposition d'une majorité qualifiée de parlementaires³⁶¹⁹, le système de nomination du Défenseur des droits existant actuellement n'en demeure pas moins perfectible en comparaison au modèle ibérique de référence. Outre que « *le processus choisi ne repose pas sur le respect de la volonté, exprimée en termes positifs, du Parlement, lequel n'est pas et c'est là l'essentiel, l'autorité de nomination du Défenseur des droits [...], les parlementaires n'effectuent aucun mode de sélection de la personne susceptible d'être nommée aux fonctions de Défenseur des droits* »³⁶²⁰. Il s'ensuit une prépondérance du pouvoir exécutif dans le processus de

³⁶¹⁶ A ce titre, certains auteurs, quoique de façon exagérée, n'ont pas hésité à affirmer que, eu égard à son mode de nomination, « *le Défenseur des droits devient l'homme du Président* » (A. Martinel et M. Boulos, « Le Défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*).

³⁶¹⁷ En ce sens, v. R. Pellon, « *¿Un "ombudsman" para España ?* », *op. cit.*, p. 122.

³⁶¹⁸ J.-L. Autin, « Le statut du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 431.

³⁶¹⁹ E. Matutano, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

³⁶²⁰ *Ibid.*

désignation du Défenseur français qui, en dépit du statut particulièrement protecteur dont jouit l'institution, laisse inévitablement planer le doute quant à l'intégrité de son représentant. Le risque de nomination d'une personnalité effacée aux fins d'une instrumentalisation de la fonction de Défenseur des droits ne pouvant être négligé, *a fortiori* lorsque les textes de référence ne requièrent aucune compétence ou connaissance juridique particulière de la part des candidats à cette fonction³⁶²¹. De toute évidence, cette problématique, qui s'étend également aux adjoints du Défenseur des droits, dans la mesure où ces derniers sont nommés par le Premier ministre sur proposition du Défenseur lui-même, ne va pas sans desservir l'effectivité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux.

1485. Aussi le mode de nomination du Défenseur des droits gagnerait-il à être modifié dans un sens conforme aux exigences de la recommandation n° 1615 adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2003. Aux termes de cette recommandation, dont l'objet est d'établir un certain nombre de caractéristiques essentielles au bon fonctionnement de tout ombudsman, le choix du représentant de l'institution doit obéir à « *une procédure exclusive et transparente de nomination et de révocation par le Parlement à la majorité qualifiée des voix, suffisamment large pour impliquer le soutien des partis d'opposition, selon des critères rigoureux qui établissent de façon incontestable les qualifications et la compétence appropriées de l'ombudsman, ainsi que sa haute valeur morale et son indépendance politique, à des mandats renouvelables d'une durée au moins équivalente au mandat parlementaire* »³⁶²².

1486. Sans prôner l'élection du Défenseur des droits par le peuple³⁶²³, l'alignement de son mode de désignation sur un système d'élection parlementaire pure, tel qu'il existe de l'autre côté des Pyrénées, se révèle, en effet, vivement recommandable. Imposant l'obtention d'un consensus entre deux ou trois partis politiques différents, l'élection de l'ombudsman par une

³⁶²¹ Cette carence de la loi organique relative au Défenseur des droits mériterait d'ailleurs d'être corrigée. A cet effet, le législateur gagnerait à s'inspirer de la définition du « bon » médiateur, aisément transposable à l'*human rights ombudsman*, proposée par les professeurs Jacques Robert et Jean Duffar. Selon eux, le « bon » médiateur devrait répondre aux critères suivants : « *Avoir d'abord une bonne connaissance, théorique et pratique, de la vie administrative, en connaître les rouages, les habitudes, les inerties, les arcanes [...]. Avoir, en deuxième lieu, un contact facile avec les citoyens et les élus. C'est en effet essentiel pour lui d'avoir la confiance de tous ceux qui, éventuellement, auront recours à son intervention. [...] Être, en troisième lieu, un juriste avisé. Connaître l'exacte étendue de sa compétence et discerner avec rapidité les cas où il convient d'intervenir immédiatement comme ceux qui ne sont point recevables. Ne point craindre de dénoncer publiquement les administrations qui ont manqué à leur mission, qui n'ont pas traité correctement leurs usagers, qui ont tardé à satisfaire les demandeurs...* » (*Droits de l'homme et libertés fondamentales, op. cit.*, p. 169).

³⁶²² Rapporté par C. Sampaio Ventura, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para una instituição secular, op. cit.*, pp. 52-53.

³⁶²³ Tandis que, dans certains pays d'Amérique latine, tels que le Nicaragua, la société civile est associée à la nomination de l'ombudsman (en ce sens, v. J. Mark Payne, G. Daniel Zovatto et M. Mateo Diaz, *La política importa : democracia y desarrollo en América Latina*, Inter-American Development Bank, Washington, D.C., 2006, p. 154), certains auteurs espagnols militent activement en faveur de l'élection du Défenseur du Peuple par le corps des citoyens. C'est notamment le cas du professeur Antonio Colomer Viadel qui considère que le Défenseur du Peuple, en tant qu'il représente le peuple souverain, et non pas les Cortès générales, devrait être élu directement par le Peuple (« *El Defensor del Pueblo entre el tribuno de la plebe y el poder negativo* », *op. cit.*, p. 135 ; « *El Defensor del Pueblo : un órgano politico-administrativo de protección de los derechos* », *op. cit.*, p. 78) et du professeur Pedro Carballo Armas qui, de façon plus mesurée, préconise l'ouverture de l'actuel système de nomination à la participation citoyenne (*El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado, op. cit.*, p. 248).

majorité renforcée de parlementaires demeure le seul système de nomination en mesure de prévenir le risque d'instrumentalisation de l'institution par le pouvoir exécutif ou par une faction parlementaire. En outre, l'expérience espagnole et portugaise a prouvé que le système d'élection parlementaire pure favorise, en règle générale, l'émergence d'un consensus sur une personnalité disposant d'une formation juridique³⁶²⁴. Etant entendu que s'il pourrait être souhaitable, contrairement à la préconisation du Comité Balladur, d'associer le Sénat à l'élection du Défenseur des droits, il conviendrait, en revanche, afin de ne pas tomber dans les travers du système espagnol de nomination du Défenseur du Peuple, à savoir l'existence de vacances prolongées de l'institution à l'occasion de chaque nouvelle élection de son représentant, d'imposer aux partis politiques de se mettre d'accord sur une personnalité dans un délai maximum à compter de la connaissance des candidats à la fonction de Défenseur des droits.

1487. Par ailleurs, la modification du système de nomination des adjoints du Défenseur français serait également souhaitable. A l'actuel mode de désignation par le Premier ministre sur proposition du Défenseur pourrait se substituer un système où les adjoints seraient nommés par la personnalité en charge de la fonction de Défenseur des droits après consultation pour avis du Parlement³⁶²⁵. Une telle solution présenterait le mérite de couper définitivement les liens entre l'institution et le pouvoir exécutif, sans pour autant saper l'autorité du Défenseur sur ses adjoints comme aurait pu entraîner une élection de ces derniers à la majorité des trois cinquièmes des membres du Parlement³⁶²⁶.

1488. Parce que seul un système de nomination à la majorité qualifiée des parlementaires permet de prévenir le risque d'instrumentalisation de l'ombudsman par le pouvoir exécutif, le mode de désignation du Défenseur des droits se doit, en définitive, d'être aligné sur celui de ses homologues espagnol et portugais. Certes, on admettra que, dans les faits, bon nombre de « désignations réalisées arbitrairement [...] par l'exécutif se sont révélées remarquables, car la qualité de la personnalité désignée, homme ou femme, est primordiale. Mais, s'il est un domaine où la désignation doit être la plus incontestable et la plus signifiante du point de vue de l'éthique, c'est bien celle du Défenseur des droits »³⁶²⁷. Poursuivant une fonction privilégiée de défense des droits fondamentaux, la nouvelle institution française ne peut prétendre mener à bien cette fonction qu'à la condition de jouir d'une véritable autonomie à l'égard du chef de l'Etat. Gage de son effectivité, la protection non juridictionnelle, à l'identique de la garantie juridictionnelle, ne se conçoit, en effet, que de façon indépendante, *a fortiori* lorsque les droits fondamentaux sont en jeu. C'est la raison pour laquelle l'élection du Défenseur des droits à la majorité des trois cinquièmes des membres du Parlement se doit

³⁶²⁴ Sur ces différents points, v. *supra*, n° 1142.

³⁶²⁵ Finalement abandonné, ce système de nomination des adjoints était celui initialement souhaité par les sénateurs (rapporté par J.-C. Zarka, « Le "Défenseur des droits" », *op. cit.*, p. 1031).

³⁶²⁶ *Ibid.*

³⁶²⁷ Propos tenus par le sénateur Jacques Mézard à l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits (*J.O.* du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4333).

d'être privilégiée, et ce à plus forte raison qu'il s'agit d'une autorité unipersonnelle³⁶²⁸ regroupant en son sein plusieurs autorités administratives indépendantes³⁶²⁹. L'alignement du mode de nomination du Défenseur des droits sur le modèle ibérique dont il entend s'inspirer se révèle d'autant plus nécessaire qu'il emporterait, de surcroît, un gain de légitimité démocratique pour l'institution.

b. Un facteur de légitimation du Défenseur des droits

1489. Plus encore, peut être, qu'un gain d'indépendance, la mise en place d'un système de nomination du Défenseur des droits à la majorité qualifiée des trois cinquièmes des membres du Parlement présenterait un avantage de taille pour la nouvelle institution française : un renforcement de sa légitimité démocratique. En ce sens que le mode de nomination du Défenseur des droits actuellement existant, au-delà d'un risque d'instrumentalisation de la fonction par le chef de l'Etat, prive inéluctablement le représentant de l'institution de la force politique et de la légitimité démocratique que lui aurait procuré l'élection par la représentation nationale. Susceptible d'affecter l'efficacité de l'action de la nouvelle institution française, la place prépondérante occupée par le Président de la République dans le processus de nomination du Défenseur des droits laisse effectivement craindre que ce dernier devienne « *un homme seul obligé à tous les compromis* »³⁶³⁰.

1490. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que critiquent Agnès Martinel et Mayada Boulos lorsque, s'interrogeant sur les exigences démocratiques auxquelles doit répondre le Défenseur des droits en vue de garantir l'émergence d'une réelle garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux, elles affirment : « *Le mode de désignation du Défenseur des droits par le pouvoir exécutif est sans nul doute la première faille d'une institution qui se veut celle du contrôle du respect des droits fondamentaux par l'administration, mais aussi par d'autres organismes détenteurs d'autres pouvoirs, comme le pouvoir économique, le pouvoir financier, voire le pouvoir judiciaire. L'élection par le Parlement à une majorité qualifiée aurait permis une réelle légitimité démocratique* »³⁶³¹.

³⁶²⁸ Ainsi que le met en avant Anne-Laure Cassard-Valembos, la proposition du Comité Balladur de faire nommer le Défenseur des droits par l'Assemblée nationale à la majorité des trois cinquièmes sur proposition d'une commission *ad hoc* de cette assemblée qui sélectionnerait les candidatures se révélait d'autant plus censée « *que certaines précautions doivent être prises pour garantir l'indépendance organique des AAI, a fortiori lorsqu'elles ne sont pas collégiales. Or le Conseil constitutionnel admet que le Défenseur des droits ne soit pas une autorité collégiale [...] et soit nommé par le président de la République* » (« note sur Cons. const., 29 mars 2011, n° 2011-626 DC », in L. Baghestani, A.-L. Cassard-Valembos et L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2e partie) », *Petites affiches*, 2012, n° 152, p. 5).

³⁶²⁹ Sur ce point, le sénateur Robert Badinter n'a pas manqué de souligner : « *Lorsque les autorités administratives indépendantes sont séparées et diverses, l'adjectif « indépendant » prend tout son sens. Or vous les rassemblez sous l'autorité d'un seul, créant ainsi une structure pyramidale. Le pouvoir de choix du Président de la République qui s'exerçait auparavant pour plusieurs présidences s'appliquera désormais au seul Défenseur des droits, lequel absorbera, à terme, toutes les autres autorités. Même si les collègues disposent d'un pouvoir et l'exercent, un seul interlocuteur aura la confiance présidentielle, car sa nomination, quel que soit le rôle des commissions parlementaires à cet égard, procédera bien du Président de la République* » (*J.O. du Sénat* du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4351).

³⁶³⁰ P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *op. cit.*, p. 1299.

³⁶³¹ A. Martinel et M. Boulos, « Le défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*

1491. Et pour cause ! Dans la mesure où le Défenseur des droits se présente avant tout comme un organe de protection des citoyens contre l'action de l'administration, il apparaîtrait on ne peut plus logique que celui-ci tire sa légitimité de son élection par les représentants de la nation eux-mêmes. De nature à renforcer la confiance des citoyens vis-à-vis de l'institution, la nomination du Défenseur des droits dans le cadre d'un système d'élection parlementaire pure contribuerait, par ailleurs, et surtout, à étayer l'autorité du Défenseur des droits et, par là-même, l'efficacité de son action. Fort de son élection par une majorité de trois cinquièmes des parlementaires, le représentant de l'institution jouirait, en effet, d'un appui que les destinataires de ses recommandations, en tête desquels l'administration, ne sauraient ignorer.

1492. A l'évidence, il s'agit là d'un argument supplémentaire en faveur de la modification de l'actuel système de nomination du Défenseur des droits. Et ce d'autant plus que la décision de priver la nouvelle institution française de l'ancrage politique et de la légitimité que lui aurait procurée l'élection par la représentation nationale, à l'origine de vives oppositions au sein des hémicycles parlementaires³⁶³², manque quelque peu de sens dès lors qu'elle semble s'inscrire en contradiction avec le gage d'autorité et de légitimité que la reconnaissance constitutionnelle est censée apporter³⁶³³. La logique voudrait, en effet, qu'à la légitimité constitutionnelle dont jouit l'institution, en raison de son inscription au sein de la norme suprême, s'ajoute une seconde forme de légitimité, d'ordre démocratique, résultant de l'élection de son représentant pas la majorité des trois cinquièmes des membres du Parlement.

1493. Emportant un risque d'instrumentalisation de la fonction de Défenseur des droits par le chef de l'Etat, l'actuel mode de nomination de la nouvelle institution française, tel que prévu par l'article 71-1 de la Constitution, gagnerait, en définitive, à être abandonné au profit du système d'élection à une majorité qualifiée de parlementaire. De nature à garantir l'indépendance de l'ombudsman à l'égard du pouvoir exécutif, le système d'élection parlementaire pure, tel qu'il existe de l'autre côté des Pyrénées, présenterait, au surplus, l'avantage de renforcer la légitimité démocratique du Défenseur des droits. La seule modification du mode de nomination du Défenseur français ne saurait pourtant suffire pour s'assurer du renforcement des relations entre celui-ci et le Parlement. Un tel renforcement exige, de surcroît, la mise en place de mécanismes de collaboration entre les deux organes.

2. La nécessaire mise en place de mécanismes de collaboration

1494. Perfectibles, les relations qu'entretiennent le Défenseur des droits et l'organe parlementaire ne sauraient, en l'état actuel du droit positif, être totalement nulles. Au contraire, l'institution française, tel qu'il a été démontré, contribue, à l'instar de ses homologues ibériques, à promouvoir l'exercice, par le Parlement, de sa compétence de

³⁶³² On songera, par exemple, aux propos tenus par la sénatrice Nicole Borvo Cohen-Seat à l'occasion de l'examen du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits : « *Je vous l'affirme, notre position aurait été différente si le gouvernement avait choisi, à l'instar de la plupart des pays européens, de faire désigner le Défenseur des droits par le Parlement : après tout, quitte à s'aligner, autant s'aligner sur le plus démocratique !* » (J.O. du Sénat du 3 juin 2010, n° 54, compte rendu intégral, séance du 2 juin 2010, p. 4353).

³⁶³³ En ce sens, v. M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *op. cit.*, p. 12.

sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux. Que ce soit par le biais de sa faculté à adresser des recommandations ou sur la base de son rapport annuel d'activité, le Défenseur des droits jouit, en effet, de la faculté d'impulser les deux grandes fonctions de l'institution parlementaire, à savoir la production de normes législatives et le contrôle de l'action de l'exécutif. A ce titre, le rapport annuel d'activité du Défenseur des droits pour l'année 2011 ne manque pas de souligner que, « *d'ores et déjà, le travail engagé avec le Sénat et l'Assemblée nationale, notamment à travers des échanges fréquents avec les commissions parlementaires, atteste de la qualité et de la fluidité de cette relation* »³⁶³⁴.

1495. Il n'en demeure pas moins que la mise en place de dispositifs spécialement aménagés pour promouvoir la collaboration entre la nouvelle institution française et le Parlement favoriserait un rapprochement des deux organes et, dans le même temps, un renforcement de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux dans son ensemble. Plus proche du Défenseur des droits, le Parlement serait très certainement enclin à tenir davantage compte des avis et des recommandations que celui-ci lui fait parvenir, notamment par le biais de son rapport annuel d'activité. Sans compter que la mise en place de tels dispositifs, ainsi que le souligne le rapport annuel d'activité du Défenseur des droits à propos de la volonté exprimée par Dominique Baudis de développer un circuit d'information entre le Parlement et le Défenseur des droits, « *s'inscrirait pleinement dans les objectifs des Principes de Belgrade adoptés en février 2012 sous l'égide du Haut commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies. Ces principes, visant à renforcer les liens entre les parlements et les institutions nationales des droits de l'homme, ont vocation à créer entre eux un cadre de coopération effective afin "d'optimiser la prise en compte et la valorisation des propositions de réformes des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme" auprès des parlements* »³⁶³⁵.

1496. Parmi les mécanismes de collaboration envisageables, les parlementaires pourraient appuyer l'action du Défenseur des droits grâce à leur faculté d'adopter des résolutions³⁶³⁶. Prévus par le nouvel article 34-1 de la Constitution, introduit par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ces « *actes par lesquels une assemblée fait valoir son sentiment ou son avis sur une question quelconque* »³⁶³⁷, susceptibles d'être votés par le Parlement « *dans la double limite qu'elles n'aboutissent pas à une mise en cause de la responsabilité du gouvernement ou à une injonction à son égard* »³⁶³⁸, ouvrent effectivement la voie à un éventuel appui parlementaire aux propositions de réformes du Défenseur. Salutaire, un tel soutien, non seulement mettrait « *la pression sur le gouvernement en conférant à la recommandation ou à la proposition du Défenseur un poids politique* »³⁶³⁹, mais, de surcroît, renforcerait « *la*

³⁶³⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 4.

³⁶³⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 42.

³⁶³⁶ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, op. cit., p. 53.

³⁶³⁷ P.-Y. Gahdoun, « L'amélioration de la fabrication des lois. Entre rénovation et révolution », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1873.

³⁶³⁸ A. Gelblat, op. cit., p. 53.

³⁶³⁹ *Ibid.*

stature du Défenseur en braquant sur lui les projecteurs médiatiques ce qui est susceptible de peser en sa faveur dans le choix du gouvernement de reprendre ou non sa proposition »³⁶⁴⁰.

1497. En outre, le législateur français pourrait s'inspirer de son homologue espagnol en créant une commission similaire à la commission mixte Congrès-Sénat en charge des relations entre les Cortès générales et le Défenseur du Peuple. Habilitée, d'une part, à « *informer en séance plénière chaque fois que cela est nécessaire* »³⁶⁴¹ et, d'autre part, à solliciter l'intervention du Défenseur du Peuple en vue d'une enquête ou de l'éclaircissement de faits ou de conduites s'étant produits dans une administration publique³⁶⁴², la commission espagnole favorise, à n'en pas douter, l'émergence d'une relation de proximité entre le Défenseur et le Parlement.

1498. Nécessaire à l'efficacité de l'action de l'ombudsman, le soutien de l'organe parlementaire implique, d'une part, l'alignement du mode de nomination du Défenseur des droits sur le système ibérique d'élection parlementaire pure, d'autre part, l'instauration de dispositifs spécialement aménagés pour promouvoir la collaboration entre le Défenseur et le Parlement. La mise en adéquation statutaire de l'institution française sur le modèle ibérique dont elle entend s'inspirer exige, par ailleurs, l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel

B. L'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel

1499. Pourtant préconisée par le Comité Balladur, l'attribution au Défenseur des droits d'une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées n'a pas été retenue par le constituant français. Susceptible de s'expliquer en raison de la rupture du lien jusque là existant entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la nécessité de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit, à laquelle procède l'institution française³⁶⁴³, une telle carence détonne par rapport au modèle ibérique de l'ombudsman. Soucieux de garantir l'effectivité des droits et libertés à la suite d'une dictature longue de près d'un demi-siècle, l'Espagne et le Portugal du milieu des années 1970 ont effectivement exprimé le besoin de multiplier les voies de recours. Dans ces conditions, il est apparu indispensable de permettre au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* de saisir le Tribunal constitutionnel des normes juridiques liberticides portées à leur connaissance. S'écartant sur ce point du modèle ibérique de l'ombudsman dont il entend s'inspirer, le Défenseur des droits ne saurait, par conséquent, proposer une protection strictement équivalente à celle offerte par le Défenseur espagnol et le *Provedor* portugais.

1500. Certes, d'aucuns n'ont pas manqué de souligner que l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité a probablement rendu caduque la proposition du Comité Balladur de confier au Défenseur des droits la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel

³⁶⁴⁰ *Ibid.*

³⁶⁴¹ Art. 2-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

³⁶⁴² Art. 10-2 de la loi organique du Défenseur du Peuple.

³⁶⁴³ Sur ce point, v. l'annexe I.

dans le cadre de son contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois³⁶⁴⁴. On admettra pourtant, avec le professeur Catherine Teitgen-Colly, que l'élargissement du contrôle de constitutionnalité des lois déjà promulguées ne met pas en cause l'intérêt d'un tel pouvoir³⁶⁴⁵. Dans la mesure où la question prioritaire, d'une part, repose sur un système de filtre n'offrant aucune certitude au particulier que son recours parviendra au prétoire du Conseil constitutionnel et, d'autre part, demeure une procédure potentiellement longue et coûteuse, dans laquelle le justiciable n'est pas nécessairement prêt à s'engager, « *la cohérence et l'équilibre entre les deux types de contrôle, a priori et a posteriori, des articles 61 et 61-1 de la Constitution aurait été maintenue [...]* »³⁶⁴⁶. Autrement dit, « *malgré l'introduction dans notre droit de la question de constitutionnalité, il restait sans doute une place dans le contrôle de constitutionnalité entre la saisine politique et la saisine juridictionnelle subordonnée à l'existence d'un litige et soumise au filtre du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* »³⁶⁴⁷. Et ce n'est pas l'éventuelle capacité du Défenseur des droits à soulever une question prioritaire de constitutionnalité, à l'occasion des observations écrites ou orales qu'il est amené à présenter lors d'une instance en cours, qui permet d'affirmer le contraire. Tel que souligné précédemment, une telle faculté, au demeurant hypothétique, offre des perspectives de collaboration avec la juridiction constitutionnelle sensiblement plus réduites qu'une prérogative de saisine du Conseil constitutionnel de recours en inconstitutionnalité. Outre le fait qu'elle ne permet pas au Défenseur des droits de s'adresser directement au Conseil constitutionnel, son effectivité se trouve non seulement compromise par les aléas liés au filtre des juridictions ordinaires, mais, de surcroît, conditionnée par l'existence d'un procès devant le juge ordinaire. En somme, la réunion des conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette attribution échappe dans une large mesure à la maîtrise du Défenseur des droits.

1501. C'est pourquoi, à notre sens, l'attribution au Défenseur des droits d'une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées, loin de faire double emploi avec la question prioritaire de constitutionnalité, contribuerait, au contraire, au renforcement du système institutionnel de garantie des droits fondamentaux. Corollaire indispensable de la fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux poursuivie par le Défenseur des droits (1), l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel à la nouvelle institution française suppose toutefois un encadrement rigoureux de la voie de droit ainsi créée (2).

1. Un corollaire indispensable de la fonction de protection des droits fondamentaux confiée au Défenseur des droits

1502. Fermement condamné par la doctrine la plus autorisée³⁶⁴⁸, dont certains auteurs espagnols³⁶⁴⁹, le refus du constituant français de reprendre l'idée selon laquelle le Défenseur

³⁶⁴⁴ En ce sens, v. not. : B. Plessix, « Des droits nouveaux pour les citoyens », *op. cit.*, p. 63 ; P. Requejo Rodríguez, *¿ Cuestión prioritaria y Defensor de los derechos : pervive la excepción francesa ?*, *op. cit.*, p. 110.

³⁶⁴⁵ C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁴⁶ N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1684.

³⁶⁴⁷ A. Martinel et M. Boulos, « Le défenseur des droits : un ombudsman en trompe l'œil », *op. cit.*

³⁶⁴⁸ Sans prétendre à une liste exhaustive, le lecteur pourra utilement se référer à : Y. Gaudemet, « La conformité des lois à la Constitution (à propos de la révision constitutionnelle : ou pourquoi faire simple quand on peut faire

des droits aurait eu le droit de saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois s'inscrit, de toute évidence, en contradiction avec la spécialisation de la nouvelle institution française dans la protection des droits fondamentaux. Car, dès l'instant où l'ombudsman se voit attribuer une fonction privilégiée de garantie des droits de la personne humaine, il apparaît indispensable qu'il soit en mesure d'impulser le contrôle du juge, gardien privilégié des droits et libertés. Evidemment, le propos n'emporte pas l'adhésion de tous. Tandis que certains, à l'instar du vice-président du Comité Balladur, Pierre Mazeaud, ne se montrent guère favorables à ce que le Défenseur des droits puisse s'adresser au Conseil constitutionnel³⁶⁵⁰, d'autres affichent leur scepticisme quant à la nécessité d'octroyer des prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle à l'*human rights ombudsman*. C'est notamment le cas du professeur Ignacio Torres Muro qui considère que le système juridique espagnol peut parfaitement fonctionner sans l'attribution au Défenseur du Peuple de la faculté de déclencher une procédure de contrôle abstrait des normes devant le Tribunal constitutionnel³⁶⁵¹.

1503. Il n'empêche que l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits présenterait « *l'avantage certain de lui donner les moyens de veiller efficacement au respect des droits et libertés et un rôle actif dans le contrôle de l'action de l'Administration et la garantie de l'Etat de droit* »³⁶⁵². Permettant à l'ombudsman de s'ériger en protecteur des droits fondamentaux contre l'action du législateur, une telle prérogative, en mesure de compenser l'absence de pouvoirs contraignants l'institution³⁶⁵³, s'inscrirait, en effet, dans la continuité logique de la mission poursuivie par le Défenseur des droits. Elle favoriserait l'instauration d'une étroite collaboration avec la juridiction constitutionnelle source d'enrichissement du contrôle opéré par cette dernière. Pour la plupart déjà évoqués, plusieurs arguments permettent d'illustrer le propos.

1504. En premier lieu, et pour y avoir suffisamment insisté à l'occasion des développements relatifs aux prérogatives semi-contentieuses de saisine du Tribunal constitutionnel dont jouissent les *ombudsmen* ibériques, l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel permettrait de s'assurer de la systématité du contrôle opéré par ce dernier.

complicqué) », *op. cit.*, p. 1704 ; M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *op. cit.*, p. 12 ; N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1684 ; C. Teitgen-Colly, « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *op. cit.*, p. 125.

³⁶⁴⁹ En ce sens, v. P. Requejo Rodríguez, ¿ *Cuestión prioritaria y Defensor de los derechos : pervive la excepción francesa ?*, *op. cit.*, p. 110.

³⁶⁵⁰ Sur ce point, v. Ch. Dumat, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 4.

³⁶⁵¹ I. Torres Muro, « Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 124.

³⁶⁵² N. Marcon, « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », *op. cit.*, p. 1684.

³⁶⁵³ A ce titre, il a été possible de démontrer que la fonction médiatrice de l'ombudsman se révèle d'un faible secours lorsque les atteintes portées aux droits fondamentaux dont il a à connaître impliquent, entre autres, le droit à la vie, le respect de l'intégrité physique ou, encore, la liberté personnelle. De telles violations requièrent la mise en œuvre d'actions immédiates et contraignantes que seul le juge est susceptible de mener à bien. Soit que celui-ci fasse cesser le plus rapidement possible l'atteinte constatée, soit qu'il en prévienne la réalisation, ainsi que le permet, en France, le contrôle de constitutionnalité *a priori*. D'où l'intérêt de confier à l'*human rights ombudsman* des prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle.

Indépendant, en principe à tout le moins, « *des choix d'orientation politique et partisane* »³⁶⁵⁴, le Défenseur des droits, compte tenu de sa faculté d'action d'office, se trouverait, notamment, en mesure de saisir la juridiction constitutionnelle des lois potentiellement liberticides n'ayant pas fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité de la part des autorités politiques. Cette capacité à remédier à l'inertie des pouvoirs publics est d'ailleurs la principale raison avancée par Olivier Schrameck, membre du Comité Balladur, pour justifier la volonté exprimée par le Comité d'attribuer au Défenseur des droits la faculté de déclencher une procédure de contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes. Interrogé par le professeur Yves Gaudemet sur le point de savoir si l'institution d'un Défenseur des droits fondamentaux avec la possibilité de saisir la juridiction constitutionnelle ne viendrait pas apporter une réponse à la lacune que constitue l'absence d'automaticité de la saisine du Conseil constitutionnel dans le cas du contrôle préventif, Olivier Schrameck répondait en effet : « *C'est dans cet esprit exactement, Monsieur le professeur, que cette suggestion a été faite. Pourquoi ? Parce qu'il y a des arrangements politiques qui expliquent que telle ou telle loi, tout en posant des problèmes juridiques, ne soit pas soumise au Conseil [...]* »³⁶⁵⁵.

1505. En deuxième lieu, l'attribution au Défenseur des droits d'une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées favoriserait un renforcement de l'accès à la juridiction constitutionnelle. Dans la mesure où elle offre aux citoyens la possibilité de s'adresser à l'ombudsman afin qu'il saisisse le juge de la constitutionnalité d'une loi attentatoire aux droits et libertés, une telle prérogative ouvre aux bénéficiaires des droits fondamentaux un accès indirect à la juridiction constitutionnelle. Certes, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, dès lors qu'il ouvre l'accès au prétoire du Conseil constitutionnel au justiciable, conduit à nuancer l'intérêt de cette voie d'accès indirect. La saisine de la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman présente néanmoins l'avantage, d'une part, d'ajouter une dose d'autorité appréciable au recours, puisque celui-ci se trouve « sublimé » par la magistrature de l'institution, d'autre part, de constituer une alternative bienvenue pour le justiciable peu disposé à conduire personnellement un tel recours. Aussi, sur ce point également, l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits conserve-t-il un intérêt.

1506. En troisième lieu, il a pu être démontré que la possibilité donnée au Défenseur du Peuple et au *Provedor de Justiça* de saisir le Tribunal constitutionnel dans le cadre de son contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes se trouve à l'origine d'un renforcement significatif des droits de la personne humaine. En dépit de leur nombre relativement faible, les recours introduits à ce jour par les *ombudsmen* ibériques, on l'a vu, aboutissent fréquemment au prononcé de déclarations d'inconstitutionnalité porteuses d'avancées substantielles notables, et ce dans la plupart des matières intéressant les droits de la personne humaine. Rien de très surprenant toutefois dès lors que l'ombudsman spécialisé, en tant qu'observateur privilégié de l'ordonnement juridique, se révèle particulièrement bien placé pour détecter

³⁶⁵⁴ O. Schrameck, in « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.*, p. 29.

³⁶⁵⁵ « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.*, p. 28.

et porter à la connaissance de la juridiction constitutionnelle les atteintes portées aux droits fondamentaux par le législateur.

1507. En quatrième et dernier lieu, s'ajoute à cette première série d'arguments en faveur de l'octroi au Défenseur des droits d'une prérogative de saisine du Conseil constitutionnel de recours en inconstitutionnalité, communs à la nouvelle institution française et à ses homologues ibériques, un argument spécifique à la France tenant à la volonté exprimée par le constituant, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, d'assurer la prééminence de la Constitution au sein de l'ordonnement juridique interne. C'est un fait que dans notre République, contrairement à des pays tels que l'Espagne³⁶⁵⁶, « *il y a une minoration de la Constitution. Les français ne connaissent pas leur Constitution, ils n'y sont pas attachés* »³⁶⁵⁷. Accentué par le succès rencontré par le contrôle de conventionnalité et, conséquence logique, la place croissante occupée par les conventions internationales au sein de l'ordonnement juridique interne³⁶⁵⁸, une telle minoration de la norme fondamentale se présente comme l'une des principales raisons ayant justifié la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. A savoir que, en offrant la possibilité au justiciable de contester, devant le Conseil constitutionnel, la constitutionnalité d'une loi au motif que cette dernière porte atteinte à l'un de ses droits ou libertés constitutionnellement garantis, cette nouvelle voie de droit favoriserait l'appropriation de la norme suprême par les citoyens. Or, l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits participerait, quoiqu'à un degré moindre, d'un mouvement similaire de revalorisation de la norme constitutionnelle. Au contact permanent du citoyen, le Défenseur des droits permettrait effectivement au justiciable de s'approprier la norme constitutionnelle dans le cadre des demandes d'introduction de recours en inconstitutionnalité que ce dernier lui adresserait.

1508. Corollaire indispensable de la fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux poursuivie par l'institution, l'attribution à l'ombudsman spécialisé de la faculté de saisir la juridiction constitutionnelle de recours en inconstitutionnalité contribue, en

³⁶⁵⁶ Sur ce point, le témoignage livré par Olivier Schrameck se veut particulièrement éloquent : « *je dois dire que mon expérience comme ambassadeur d'Espagne m'a, sur ce point, particulièrement frappé : il existe en Espagne un jour férié, sacro-saint, qui est le jour de la Constitution, et lorsque vous interrogez, je ne parle pas des autorités publiques mais des citoyens espagnols sur tel ou tel article de la Constitution, ils vous répondent. Alors que même si vous vous limitez à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, interrogez autour de vous, et vous verrez que des principes fondateurs de notre droit public, et ancrés dans notre histoire la plus profonde, sont ignorés de nos concitoyens* » (« Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.*, p. 26).

³⁶⁵⁷ *Ibid.*

³⁶⁵⁸ Ainsi que le souligne le rapport du Comité Balladur, « *l'extension du contrôle de conformité de la loi aux conventions internationales en vigueur et qui, aux termes mêmes de l'article 55 de la Constitution, "ont une autorité supérieure à celle des lois", met en lumière la disparité des contrôles dont une même loi peut faire l'objet. Ainsi, tout juge de l'ordre judiciaire ou administratif peut, à l'occasion du litige dont il est saisi, écarter l'application d'une disposition législative au motif qu'il l'estime contraire à une convention internationale, mais il ne lui appartient pas d'apprécier si la même disposition est contraire à un principe de valeur constitutionnelle. Or, les principes dont il fait application dans le premier cas sont, en pratique, souvent voisins de ceux qu'il aurait à retenir si lui-même ou le Conseil constitutionnel était habilité à statuer sur la conformité à la Constitution de la loi promulguée. Il s'ensuit que les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même* » (*Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, op. cit.*, p. 88).

définitive, au développement d'une justice constitutionnelle de qualité. A tel point que prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle et *human rights ombudsman* devraient former un couple quasi-indissociable dans un Etat de droit. C'est pourquoi, à l'instar du mode de nomination de la nouvelle institution, le constituant français gagnerait à aligner le Défenseur des droits sur le modèle ibérique de référence en lui permettant de saisir le Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées. Etant entendu qu'une telle attribution exigerait d'être rigoureusement encadrée.

2. Un corollaire appelant un encadrement rigoureux

1509. Aussi souhaitable soit-elle, l'attribution au Défenseur des droits de la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois n'en demeure pas moins porteuse de certains dangers. Compte tenu de la dimension politique que revêt le recours en inconstitutionnalité, l'exercice d'une telle prérogative emporte le risque d'une politisation de l'ombudsman et, par conséquent, fait peser sur celui-ci une responsabilité particulièrement lourde. C'est pourquoi la plus grande prudence doit animer l'institution dans l'utilisation d'une telle prérogative qui, à la vérité, ne saurait véritablement se concevoir sans un encadrement rigoureux. A ce titre, deux séries de recommandations, inspirées de l'expérience espagnole et portugaise, peuvent être adressées aux autorités normatives françaises en vue d'une éventuelle ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel au Défenseur des droits.

1510. *Primo*, l'usage du recours en inconstitutionnalité par le Défenseur des droits gagnerait à être circonscrit à la seule défense des droits et libertés constitutionnellement garantis. Contrairement à l'Espagne où le silence des textes de référence au sujet de l'étendue de la compétence du Défenseur du Peuple en matière de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité est interprété par ce dernier comme englobant l'ensemble de la Constitution, sans limitation aucune aux seuls droits et libertés consacrés dans son titre premier³⁶⁵⁹, le constituant et le législateur français auraient, en effet, tout intérêt à restreindre la faculté du Défenseur des droits de saisir le Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées aux seules questions intéressant les droits fondamentaux. En conformité avec la raison d'être du Défenseur des droits, une telle solution présenterait trois avantages. Tout d'abord, elle éviterait de surcharger inutilement une institution déjà fortement sollicitée. Ensuite, elle préserverait le Défenseur des droits des questions de constitutionnalité soulevant des conflits de nature potentiellement politique, à l'instar des problématiques de répartition des compétences entre les entités publiques. Enfin, elle empêcherait que l'institution s'éparpille sur des questions ne touchant pas directement aux droits fondamentaux. Car s'il est une dérive qu'il convient d'éviter, c'est que l'usage des prérogatives semi-contentieuses confiées à l'ombudsman spécialisé empiète sur son activité principale de protection des droits et libertés par le biais de moyens informels et non contentieux.

³⁶⁵⁹ En dépit de cette position du Tribunal constitutionnel espagnol, il convient de rappeler que, dans la pratique, le Défenseur du Peuple a fait le choix de limiter l'essentiel de son activité semi-contentieuse de saisine de la juridiction constitutionnelle à la défense des droits fondamentaux.

1511. *Secundo*, le Défenseur des droits, en tant qu'il poursuit une fonction de défense objective des droits fondamentaux, ne saurait être tenu par les réclamations qui lui sont adressées aux fins de saisir le Conseil constitutionnel d'un recours en inconstitutionnalité. A l'instar de ses homologues ibériques, il doit demeurer seul décisionnaire de la suite à donner à de telles demandes. A ce titre, rien ne devrait empêcher le Défenseur français, lorsqu'il estime qu'une interprétation conforme à la Constitution de la disposition législative litigieuse est envisageable, de ne pas donner suite à une demande de saisine du Conseil constitutionnel pour privilégier, en lieu et place de l'introduction d'un recours en inconstitutionnalité, l'usage de son pouvoir de recommandation afin d'indiquer aux autorités publiques l'interprétation à retenir.

1512. Corollaire indispensable de la fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux poursuivie par le Défenseur des droits, l'ouverture du droit de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel, à l'instar de la mise en place d'un système de nomination parlementaire pure, contribuerait, en définitive, à un rapprochement salutaire entre le Défenseur français et le modèle ibérique de l'ombudsman. La seule revalorisation de la configuration institutionnelle du Défenseur des droits ne saurait pour autant suffire. Encore faut-il que, sur le plan matériel, le législateur octroie à l'institution les moyens de ses ambitions, chose qui semble faire quelque peu défaut en l'état actuel du droit positif.

C. Renforcer les moyens humains et financiers attribués à l'institution

1513. Principalement justifiée en raison d'un besoin contemporain de consolider le système institutionnel français de garantie des droits fondamentaux, la mise en place du Défenseur des droits procède également d'une volonté, moins prestigieuse, de réaliser des économies d'échelle. Interrogé sur les avantages attendus de la réforme, le Gouvernement Fillon affirmait en ce sens : « *le Défenseur des Droits devrait avoir vocation à rassembler des domaines d'intervention gérés actuellement par des entités distinctes, dont on doit attendre des économies en terme de moyens* »³⁶⁶⁰. Faisant suite aux critiques exprimées, depuis quelques temps déjà, par les parlementaires quant au coût excessif de fonctionnement de certaines autorités administratives indépendantes, dont la HALDE³⁶⁶¹, cette volonté de réaliser de « *substantielles économies* »³⁶⁶² par le prisme du Défenseur des droits s'avérait on ne peut plus prévisible. A ce propos, Dominique Baudis lui-même n'a pas caché, lors de son audition par l'Assemblée nationale et le Sénat, dans le cadre de sa nomination au poste de Défenseur des droits, son intention de « *veiller à ce que le Défenseur des droits rende un meilleur service aux citoyens sans demander davantage aux contribuables* »³⁶⁶³. Et, effectivement, dans les faits, la substitution du Défenseur des droits aux quatre autorités

³⁶⁶⁰ Rapporté par J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 104 présenté au nom de la Commission des lois au Sénat sur le projet de loi de finance pour 2009, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁶¹ Le professeur Jacques Chevallier rapporte en ce sens : « *en novembre 2009 les députés avaient entendu amputer les crédits de [...] la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité dont le "train de vie" avait été mis en cause* » (« Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *op. cit.*, p. 437).

³⁶⁶² P. Gélard, *Rapport n° 482, op. cit.*, p. 116.

³⁶⁶³ Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*

indépendantes que sont le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la HALDE et la CNDS a été conduite à moyens constants. C'est d'ailleurs là une première en matière de regroupement d'autorités au sein d'un organe unique. Jusqu'à présent, les fusions de directions au sein des ministères des Finances ou d'organismes publics dans le domaine de l'emploi s'accompagnaient d'une revalorisation des crédits leur étant alloués³⁶⁶⁴. De même, la création de nouvelles autorités administratives indépendantes ou l'attribution de nouvelles compétences à des autorités déjà existantes emportaient toujours la création de nouveaux postes et l'allocation de crédits supplémentaires³⁶⁶⁵. Rien de tel s'agissant du Défenseur des droits ! Se distinguant en raison d'un nivellement par le haut des prérogatives antérieurement dévolues aux organismes fusionnés, l'organisme nouvellement mis en place ne s'est vu accorder aucun moyen supplémentaire en comparaison à ceux alloués aux autorités qu'il regroupe. Faire plus à moyens constants, tel est l'objectif ainsi poursuivi par le législateur. Sa concrétisation n'en demeure pas moins largement illusoire. Les autorités concernées par le regroupement, à l'exception du Médiateur de la République, n'ont, à ce titre, pas manqué de faire savoir que, selon elles, le Défenseur des droits ne permettrait pas de générer d'économies budgétaires³⁶⁶⁶.

1514. Quoiqu'il en soit, il n'en demeure pas moins regrettable que la fusion des autorités administratives indépendantes au sein d'un organe unique se trouve motivée par la volonté de réaliser des économies³⁶⁶⁷. De nature à accentuer les doutes quant à la faculté du Défenseur des droits de répondre à l'ensemble des réclamations qui lui sont adressées³⁶⁶⁸, une telle entreprise emporte, plus largement, le risque d'entraver l'action de la nouvelle institution tant les besoins sont immenses : exercer les nouvelles attributions prévues par la loi organique, créer un pôle communication solide et réactif, former les délégués territoriaux aux nouvelles compétences de l'autorité³⁶⁶⁹, telles sont les tâches qui attendent l'institution française. Déjà soulignée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme à propos des anciennes autorités indépendantes désormais fusionnées³⁶⁷⁰, l'insuffisance des moyens attribués au Défenseur des droits se révèle, en effet, susceptible de grever son fonctionnement. A cet égard, d'aucuns se sont indignés que les contraintes budgétaires qui pèsent sur l'institution l'empêchent d'engager « *d'importantes dépenses de communication pour asseoir son existence dans le paysage institutionnel français [...]. Le budget alloué au Défenseur des droits en 2011, comme d'ailleurs celui qui lui est accordé pour 2012, ne lui permet[tant] pas de promouvoir son rôle ni son action dans des conditions satisfaisantes* »³⁶⁷¹.

1515. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que de nombreuses voix s'élèvent en faveur de l'allocation de ressources supplémentaires au Défenseur des droits. C'est, par

³⁶⁶⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 4.

³⁶⁶⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 1176.

³⁶⁶⁶ J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010, *op. cit.*, pp. 20 et 24.

³⁶⁶⁷ En ce sens, v. A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 68.

³⁶⁶⁸ Sur cette question, v. *supra*, n° 1173 et ss.

³⁶⁶⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 48.

³⁶⁷⁰ C.N.C.D.H., *Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens »*. (Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la 5^{ème} République), *op. cit.*

³⁶⁷¹ V. Klès, cité par Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, *op. cit.*, p. 61.

exemple, le cas de Philippe Dominati, rapporteur spécial de la commission des finances du Sénat, qui, constatant l'inéluctable augmentation des dépenses d'aménagement, d'adaptation et d'harmonisation impliquées par la création du Défenseur des droits, n'a pas manqué de souligner la nécessité de réévaluer le budget de l'institution en 2013³⁶⁷². Ou, encore, du sénateur Jean-Claude Peyronnet selon lequel « *l'objectif, poursuivi par la création du Défenseur des droits, d'améliorer la protection des droits des usagers, risque de n'être pleinement satisfait que si la réforme s'accompagne [...] d'un renforcement des moyens juridiques, humains et financiers des autorités regroupées* »³⁶⁷³.

1516. Etant entendu que le gouvernement n'est pas resté insensible à de telles revendications. C'est ainsi que l'ancien ministre chargé des relations avec le Parlement, Patrick Ollier, a reconnu, lors des débats à l'Assemblée nationale en commission élargie, le 3 novembre 2011, l'existence d'un certain décalage entre la stabilité des emplois et les exigences nouvelles de l'institution, en tête desquelles la hausse des saisines et l'exercice de compétences nouvelles³⁶⁷⁴. Qu'il s'agisse de la faculté de présenter des observations écrites ou orales devant le juge ordinaire à l'occasion d'une instance en cours, de la fonction de promotion de l'égalité et des droits de l'enfant ou, encore, du surcroît d'activité résultant de la possibilité d'effectuer des vérifications sur place, dont le Médiateur de la République était dépourvu, l'effectivité de ces prérogatives innovantes, reconnaissait le ministre, semble étroitement conditionnée par l'allocation de ressources supplémentaires au Défenseur des droits. Reste à espérer que les allégations de Patrick Ollier ne demeureront pas au rang de simples déclarations d'intentions. A ce titre, et pour conclure sur ce point, on ne peut que souscrire aux propos du professeur Xavier Philippe lorsqu'il écrit : « *S'il s'agit de donner des moyens supplémentaires au "Défenseur des droits fondamentaux", il faut réellement les lui donner de façon à ce qu'il puisse remplir sa mission : l'Etat est-il prêt à s'engager dans un tel investissement ? Si tel n'est pas le cas le processus risque de n'être que feu de paille !* »³⁶⁷⁵.

1517. Conduisant le professeur Hélène Pauliat à affirmer, quoique de façon exagérée, que les textes de référence relatifs au Défenseur des droits n'accordent pas à celui-ci les moyens nécessaires pour en faire un élément majeur de la défense des droits et libertés³⁶⁷⁶, les carences que présente la nouvelle institution française en comparaison à ses homologues espagnol et portugais se présentent, en définitive, comme de potentielles sources d'entraves à l'effectivité de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux. Aussi un alignement du Défenseur des droits sur le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* apparaît, là encore, indispensable pour ne pas que l'institution nouvellement mise en place relève de « *l'affichage politique* »³⁶⁷⁷. La seule revalorisation institutionnelle du Défenseur des droits ne saurait toutefois suffire. A la vérité, son ancrage au sein du paysage institutionnel français se

³⁶⁷² *Ibid.*, p. 65.

³⁶⁷³ J.-C. Peyronnet, *Protection des droits et libertés, tome VIII*, Avis n° 104 présenté au nom de la Commission des lois au Sénat sur le projet de loi de finance pour 2009, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁷⁴ Rapporté par Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011, op. cit.*, p. 48.

³⁶⁷⁵ X. Philippe, « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 219.

³⁶⁷⁶ H. Pauliat, « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁶⁷⁷ M. Hervieu, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *op. cit.*, p. 12.

révèle tout aussi important, si ce n'est plus. Car une fois l'institution durablement installée, sa revalorisation viendra très certainement d'elle-même.

§ 2. Le nécessaire ancrage du Défenseur des droits

1518. Si la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux n'est pas née en France avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la mise en place du Défenseur des droits n'en demeure pas moins à l'origine d'un profond bouleversement de cette forme de garantie. Substituant au traditionnel système de protection de type sectoriel une protection unitaire et plurifonctionnelle, l'introduction du Défenseur des droits occasionne, en effet, un changement de perspective indiscutable de la garantie non juridictionnelle des droits et libertés. Dans ces conditions, un effort d'acclimatation de cette nouvelle forme de garantie apparaît indispensable. Car, un peu moins de deux années après sa mise en place, le Défenseur des droits demeure une institution émergente dont l'activité de défense des droits de la personne humaine n'est qu'à ses balbutiements. Bien que juridiquement consacré, il ne saurait véritablement remplir son office sans un processus préalable de pérennisation et d'acceptation par le corps social, ce que les sociologues des institutions ont coutume de désigner sous le terme d'institutionnalisation³⁶⁷⁸.

1519. Nécessaire pour que le Défenseur des droits ne se trouve pas réduit au rang de simple effet d'annonce, l'institutionnalisation implique, non seulement l'ancrage culturel de cette nouvelle forme de garantie (A), c'est-à-dire l'émergence d'une culture institutionnelle, entendue comme un « *composé indécomposable de représentations, de croyances, de savoirs, de savoir-faire et de pratiques* »³⁶⁷⁹, mais également son ancrage temporel (B), à savoir l'inscription de l'institution dans la durée afin qu'elle acquière une certaine stabilité dans le temps. Etant entendu que ces deux composantes du processus d'institutionnalisation du Défenseur des droits entretiennent des liens particulièrement étroits. Exerçant une influence permanente l'un sur l'autre, le succès de l'ancrage culturel ne saurait effectivement se concevoir sans celui de l'ancrage temporel, et inversement. En d'autres termes, l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle est une entreprise nécessairement longue impliquant l'écoulement d'un certain temps, tandis que l'inscription dans la durée de cette forme de garantie suppose sa réception par le corps social. Aussi l'ancrage culturel et l'ancrage temporel se recourent et se nourrissent l'un l'autre³⁶⁸⁰.

³⁶⁷⁸ Pour des études approfondies sur les notions d'institution et d'institutionnalisation, le lecteur pourra utilement se référer à : M. Douglas, *Comment pensent les institutions*, Paris, La Découverte, 2004 ; A. Guery, « Institution. Histoire d'une notion et de ses utilisations dans l'histoire avant les institutionnalismes », *Cahiers d'économie politique*, 1, n° 44, 2003, p. 7 ; R. Hess et A. Savoye, *L'Analyse institutionnelle*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 1993 ; J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, Paris, 2010 ; R. Lourau, *L'Analyse institutionnelle*, Paris, Éditions de Minuit, 1970 ; G. Renard, *La Théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique*, Premier volume – partie juridique, Paris, Librairie du recueil Sirey, vol. I, 1930 ; J. Revel, « L'institution et le social », *Parcours critique. Douze exercices d'histoire sociale*, Paris, Galaade, 2006, p. 85 ; V. Tournay, *Sociologie des institutions*, P.U.F., Que sais-je ?, 2011.

³⁶⁷⁹ F. Desage et B. Sibille, « L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 180.

³⁶⁸⁰ Cette influence réciproque entre le temps et les facteurs sociaux est notamment pointée du doigt par Georges Gurvitch lorsqu'il affirme : « le "conditionnement du temps" n'est jamais pour nous unilatéral, mais réciproque, les cadres sociaux conditionnant le temps en étant eux-mêmes conditionnés par lui. Plus généralement, [...] les

A. L'ancrage culturel

1520. « Ensemble des représentations et des comportements acquis par l'homme en tant qu'être social »³⁶⁸¹, la culture, entendue dans son acception socio-anthropologique, entretient des liens particulièrement étroits avec la notion d'institution. Pour s'en convaincre, il suffit de constater l'indissociabilité du couple institution-culture chez la plupart des sociologues des institutions contemporains. Incontournable pour apprécier la force de l'institué, la culture est, par exemple, appréhendée par les néoinstitutionnalistes américains, à l'instar de Paul DiMaggio et Walter Powell, comme la forme même du processus d'institutionnalisation³⁶⁸². De même, le professeur Olivier Nay définit l'institution comme un « ensemble de modèles de comportement et de systèmes de valeurs partagées par une communauté sociale, et qui, par leur stabilité et leur récurrence, orientent les conduites et les pratiques des acteurs sociaux »³⁶⁸³. Aussi toute entreprise d'institutionnalisation, on le voit, repose-t-elle sur l'ancrage culturel de l'institution nouvellement mise en place.

1521. Par conséquent, le Défenseur des droits, bien que juridiquement institué, ne saurait véritablement produire ses effets indépendamment d'un processus dynamique de socialisation postulant, non seulement l'objectivation de cette nouvelle forme de garantie dans des savoirs, savoir-faire, normes et usages, mais également sa subjectivation et son incorporation par les acteurs qui y prennent part³⁶⁸⁴. Nécessaire à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnelle en France, ce processus de socialisation, susceptible de prendre un certain temps, suppose une appropriation du Défenseur des droits par le corps social (1). Appropriation qui ne sera rendue possible, compte tenu du risque de résistances inhérent à la spécificité du processus de création de cette nouvelle institution (2), que par le prisme d'une entreprise de légitimation du Défenseur des droits (3).

1. L'appropriation du Défenseur des droits, facteur déterminant de l'ancrage culturel

1522. Définie par André Lalande comme un « acte par lequel on se saisit, pour en faire sa propriété individuelle, de ce qui n'appartenait à personne ou à tout le monde »³⁶⁸⁵, l'appropriation se présente, à n'en pas douter, comme un élément déterminant de tout processus d'institutionnalisation. Dans la mesure où les règles institutionnelles ne peuvent exister et produire leur office indépendamment de tout effort d'intériorisation de la part des

mouvements qui produisent le temps, tout en s'écoulant dans le temps, sont, par cela même, partiellement produits par lui. Il s'agit ici d'une dialectique » (« La multiplicité des temps sociaux », in G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie. Antécédents et perspectives*, tome II, P.U.F., Paris, 2^{ème} éd. remaniée, 1963, p. 327).

³⁶⁸¹ L.-M. Morfaux, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 71.

³⁶⁸² Rapporté par E. Biland, « Les cultures d'institution », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 177.

³⁶⁸³ O. Nay, *La région, une institution. La représentation, le pouvoir et la règle dans l'espace régional*, L'Harmattan, Paris, 1997, p. 14.

³⁶⁸⁴ En ce sens, v. E. Biland, « Les cultures d'institution », op. cit., p. 177.

³⁶⁸⁵ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., Paris, 2^{ème} éd., 2006, p. 73.

acteurs avec lesquels elles entendent interagir³⁶⁸⁶, l'émergence d'une culture institutionnelle demeure, en effet, consubstantielle à l'appropriation de la structure nouvellement mise en place. Et le Défenseur des droits n'échappe pas à la règle. En tant qu'institution émergente, son ancrage culturel repose sur une volonté d'appropriation, tout d'abord, par le citoyen, bénéficiaire privilégié de la protection proposée (a), ensuite, par les autres organes de garantie, collaborateurs privilégiés de l'ombudsman (b), enfin, par les membres de l'institution, principaux artisans de la garantie non juridictionnelle (c).

a. L'appropriation par les bénéficiaires des droits fondamentaux

1523. Parce que l'effectivité de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux dépend, dans une importante mesure, de sa réception par le corps social, l'avenir de cette forme de garantie semble intimement lié à l'appropriation par les citoyens du Défenseur des droits. Principaux destinataires de la protection proposée par le Défenseur, les bénéficiaires des droits fondamentaux se présentent, en effet, comme des acteurs déterminants du processus d'acclimatation de l'institution nouvellement mise en place et, à ce titre, ont tout intérêt à s'en saisir en vue de garantir l'effectivité de la protection proposée.

1524. Cette exigence d'appropriation par la société civile comme élément déterminant du processus d'institutionnalisation n'a pas échappé à la sociologie des institutions. Déjà le sociologue français Emile Durkheim, à travers son ouvrage *Les règles de la méthode sociologique*, assimile l'institution à une composante essentielle du corps social et, à cet effet, qualifie l'opinion publique de marqueur sociologique pertinent de la force des institutions sociales³⁶⁸⁷. Plus récemment, Philippe Bezes et Patrick Le Lidec soulignent qu'une réforme institutionnelle « *met en place des règles nouvelles dont le caractère contraignant et l'effectivité dépendent largement de la manière dont les agents vont activer ces symboles et ces règles, et des usages dont la réforme va faire l'objet* »³⁶⁸⁸. Et sur un plan davantage juridique, René Rémond, ancien Président de la Fondation nationale des sciences politiques, ne manque pas de rappeler le lien étroit existant entre le succès d'un texte constitutionnel et l'accueil qui lui est réservé par l'opinion publique³⁶⁸⁹. Seule sa réception par le corps social étant de nature à garantir son inscription dans l'imaginaire collectif.

1525. Partant, il est à peine besoin de préciser l'enjeu, du point de vue de l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits et libertés, attaché à l'appropriation du Défenseur des droits par les bénéficiaires des droits fondamentaux. Pour l'heure, le nombre élevé de plaintes adressées à l'institution lors de sa première année d'activité³⁶⁹⁰ autorise un certain optimisme. On ne saurait cependant négliger que la spécificité du processus de

³⁶⁸⁶ Sur ce point, v. R. Lefebvre, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., p. 220.

³⁶⁸⁷ E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2009.

³⁶⁸⁸ Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, op. cit., pp. 100-101.

³⁶⁸⁹ R. Rémond, « Les Français et leur Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, p. 23.

³⁶⁹⁰ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se reporter aux annexes 5 et 6.

création du Défenseur des droits emporte un risque d'entrave à son ancrage culturel au sein de la société civile³⁶⁹¹. En outre, on admettra que, selon la catégorie sociale considérée, le processus d'appropriation du Défenseur des droits est susceptible, non seulement de se révéler plus ou moins complexe, mais également de différer dans sa durée³⁶⁹².

1526. Plus ou moins complexe, en premier lieu, en ce sens que, tel qu'il a été démontré précédemment, les catégories sociales les plus défavorisées, et ce quelque soit le pays considéré, ignorent bien souvent l'existence de l'ombudsman, si bien que la plupart des réclamations adressées à l'institution proviennent en majorité d'agents disposant d'un volume de capital économique et culturel relativement élevé. Aussi l'appropriation du Défenseur des droits sera-t-elle nécessairement plus difficile pour les personnes en situation de précarité.

1527. Susceptible de varier sur le plan temporel, en second lieu, dans la mesure où, ainsi que l'a démontré Georges Gurvitch, « *chaque classe sociale, chaque groupe particulier, chaque élément microsocial, c'est-à-dire chaque Nous et chaque rapport avec Autrui, enfin chaque palier en profondeur de la réalité sociale – de la base morphologique à la mentalité collective – chaque activité sociale même [...] a tendance à se mouvoir dans un temps qui lui est propre* »³⁶⁹³. Ce faisant, le processus d'appropriation du Défenseur des droits ne prendra pas le même temps selon la catégorie sociale considérée. Par exemple, et toujours sur la base des travaux de Georges Gurvitch, l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux au sein de la classe paysanne ne pourra très certainement s'observer qu'à la suite d'un laps de temps relativement long. « *Communauté passive et même inconsciente, souvent à la limite de la masse* »³⁶⁹⁴, la classe paysanne tend effectivement à se mouvoir, et dans cet ordre préférentiel, dans trois types de temps sociaux peu propices à la réception de l'innovation : le temps de longue durée et au ralenti³⁶⁹⁵, le temps cyclique³⁶⁹⁶, de caractère saisonnier, et le temps en retard sur lui-même³⁶⁹⁷. Peu portée vers la nouveauté et disposant, en règle générale, d'un capital culturel relativement faible³⁶⁹⁸, cette classe sociale

³⁶⁹¹ En ce sens, v. *infra*, n° 1535 et ss.

³⁶⁹² Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que sous-entendent Fabien Desage et Bastien Sibille lorsqu'ils écrivent : « *Faut-il le rappeler, l'institution et ses prescriptions ne se transmettent pas par la grâce d'une socialisation mécanique et uniforme. Dans la plupart des approches institutionnalistes, la force de l'institution est pourtant appréhendée de façon relativement générique, sans prendre en compte la pluralité des trajectoires et des dispositions des acteurs qu'elle rencontre. Plutôt qu'une force transcendante, préexistante aux individus qu'elle soumettrait, l'institution gagne à être appréhendée comme un processus à géométrie et à influence variable, dépendant pour partie des conditions de son interprétation [...]* » (« L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », *op. cit.*, pp. 172-173).

³⁶⁹³ G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », *op. cit.*, p. 325.

³⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 388.

³⁶⁹⁵ Le temps de longue durée et au ralenti, tel que le définit Georges Gurvitch, est « *le plus continuiste des temps sociaux. [...] Il fait valoir un passé relativement lointain et dénominateur. Celui-ci se trouve projeté dans le présent et dans l'avenir qui risquent d'être anéantis* » (*Ibid.*, p. 341).

³⁶⁹⁶ Le temps cyclique, bien que d'une apparente précipitation recouvre, en réalité, un repliement sur lui-même. « *Une danse sur place* », écrit Gurvitch. « *Le passé, le présent et l'avenir étant projetés mutuellement l'un dans l'autre, ce qui conduit à une accentuation de leur continuité et à l'affaiblissement de la contingence* » (*Ibid.*, p. 342).

³⁶⁹⁷ Le temps en retard sur lui-même renvoie au « *temps dont l'écoulement se fait trop longtemps attendre, malgré l'avenir qu'il actualise dans le présent, sans le rendre cependant effectif* » (*Ibid.*).

³⁶⁹⁸ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, *op. cit.*, pp. 128 et 140-141.

affiche sa fidélité aux modèles et symboles traditionnels. « *Les exigences et les aspirations de la classe paysanne, toujours assez limitées, une fois satisfaites, cette classe se replie sur elle-même et continue à vivre d'après sa propre échelle des temps, même si les techniques les plus modernes sont mises à sa disposition [...]* »³⁶⁹⁹.

1528. « *Une fondation est une promesse* » écrivait Jacques Derrida³⁷⁰⁰. Aux citoyens de se saisir de la promesse que constitue le Défenseur des droits afin de la faire vivre et, ainsi, renforcer la culture de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux en France. Un effort d'appropriation identique est attendu des autres organes de garantie des droits et libertés.

b. L'appropriation par les autres organes de garantie

1529. Collaborateur privilégié des organes classiques de garantie des droits fondamentaux, l'*human rights ombudsman*, alors même qu'il dispose de la faculté d'impulser le contrôle opéré le juge et le Parlement, voire, dans une certaine mesure, par les autorités administratives indépendantes, suppose, en contre-partie, un effort de coopération de ces mêmes organes, ne serait-ce que pour s'assurer de l'effectivité de certaines de ses attributions, à l'instar de ses prérogatives semi-contentieuses ou de sa capacité à adresser des recommandations à finalité normative. Conditionnant à son tour l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en France, l'appropriation du Défenseur des droits par les autres mécanismes de protection se révèle, par conséquent, indispensable. A cet égard, il semble possible de rejoindre François Ost lorsqu'il assimile, à la suite de Hannah Arendt³⁷⁰¹, la promesse à l'instrument de l'action par excellence s'exprimant sous la forme d'« *une coopération forte pour autant qu'elle reste volontaire et reconduite par ses protagonistes* »³⁷⁰². Car, à la vérité, « *tant que les rapprochera cette force d'interaction, les promettants bénéficieront de cet "agrandissement formidable" de leurs possibilités d'action, mais, dès lors que s'affaiblira ce "dessein commun", leur puissance s'évanouira, le temps entropique reprendra le dessus* »³⁷⁰³. En somme, le Défenseur des droits, en tant que promesse d'avenir³⁷⁰⁴, suppose, pour produire ses effets, la création de liens avec les autres instances de protection des droits de la personne humaine. Celles-ci doivent effectivement manifester la volonté de se rapprocher du Défenseur, bref d'agir de concert avec cette nouvelle forme de garantie.

1530. Pour l'heure, les premiers mois d'activité de l'institution nouvellement mise en place ne sauraient véritablement permettre de tirer des conclusions sur ce point. Certes, le

³⁶⁹⁹ G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », *op. cit.*, p. 389.

³⁷⁰⁰ J. Derrida, *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Galilée, Paris, 1994, p. 94.

³⁷⁰¹ H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, Paris, 1988.

³⁷⁰² F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 169.

³⁷⁰³ *Ibid.*

³⁷⁰⁴ Comme le rappelle le professeur Daniel Gutmann, « *les droits de l'homme, pour les héritiers de Kant, sont par essence promesse d'avenir, espoir de paix perpétuelle* » (« Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, P.U.F., Editions du Juris-classeur, Paris, 1999, p. 329.

Défenseur des droits semble prêt à collaborer activement avec les instances traditionnelles de garantie des droits fondamentaux. En revanche, ces mêmes instances n'ont, jusqu'à présent, guère manifesté d'intérêt pour la nouvelle institution. Rien de bien surprenant toutefois ! Outre le fait que des résistances sont à craindre de la part des mécanismes classiques de garantie, l'émergence de relations privilégiées entre le Défenseur des droits et les autres organes de protection ne pourra se faire autrement que dans la durée. Sur ce point, la sociologie de Georges Gurvitch se révèle, une fois de plus, riche d'enseignement. A travers ses travaux relatifs à *La multiplicité des temps sociaux*, le sociologue dresse le constat suivant à propos des temps respectifs des rapports de rapprochement : « *ces rapprochements sont lents à se produire et ne supportent pas de brusquerie. Aussi le temps qu'ils engendrent et dans lequel ils se meuvent, est le temps en retard sur lui-même, combiné avec le temps de longue durée et au ralenti* »³⁷⁰⁵. C'est pourquoi le rapprochement du Défenseur des droits et des autres organes de garantie est susceptible de prendre un certain temps. Un constat similaire peut être dressé s'agissant de l'appropriation de l'institution nouvellement mise en place par les agents qui la composent.

c. L'appropriation par les membres de l'institution

1531. Plus encore peut être que l'appropriation du Défenseur des droits par les citoyens et les autres organes de garantie, l'appropriation de la nouvelle institution française par le personnel qui la compose se présente comme un élément déterminant de l'émergence, en France, d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Dans la mesure où « *les institutions ne peuvent exister que par la médiation des individus qui les animent, leur donnent force agissante et les font évoluer* »³⁷⁰⁶, le Défenseur des droits ne saurait effectivement mener à bien la mission qui lui a été attribuée sans un véritable investissement de ses membres³⁷⁰⁷. Et ce à plus forte raison que l'institution n'en est qu'à ses balbutiements. Ainsi que l'écrit Julien Meimon, « *dans une séquence de création institutionnelle, les agents qui investissent l'institution naissante lui donnent corps, au sens où c'est avec eux, à travers eux, qu'elle existe. S'ils reconvertissent nécessairement ce qu'ils ont appris à faire dans le passé, ce qui a forgé leur identité professionnelle, ils doivent en même temps se conformer à la nouvelle institution et remodeler en conséquence leur image, leurs pratiques, leurs savoirs* »³⁷⁰⁸.

³⁷⁰⁵ G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », *op. cit.*, p. 367.

³⁷⁰⁶ J. Chevallier, « For intérieur et contrainte institutionnelle », in *Le for intérieur*, P.U.F., Paris, 1995, p. 252. Dans un sens similaire, Julien Meimon écrit : « *Les créations institutionnelles reposent sur des agents qui y importent leurs savoirs et savoir-faire pour progressivement donner naissance à de nouveaux rôles* » (« Sur le fil. La naissance d'une institution », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, *op. cit.*, p. 118).

³⁷⁰⁷ Etant entendu que, comme le soulignent Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « *dire que les investissements des membres de l'institution la font exister telle qu'elle est concrètement, ce n'est pas seulement dire qu'une institution n'existe effectivement que dans et par leurs engagements, c'est dire aussi que la "figure" que prend cette institution résulte des propriétés des membres, de leurs caractéristiques sociales et professionnelles, et des motifs qui les ont conduits à s'y investir* » (« Pour une sociologie des institutions », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, *op. cit.*, p. 20).

³⁷⁰⁸ J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, p. 117.

1532. Pour ce faire, les agents qui composent le Défenseur des droits, plus que l'acquisition d'une compétence³⁷⁰⁹, doivent se conformer aux exigences de l'institution. Ce qui suppose de leur part une activité incessante en vue d'ajuster ce qu'ils sont et ce qu'ils doivent être à l'accomplissement de leur rôle au sein de la nouvelle institution française. Car, à la vérité, ce n'est qu'en « *participant activement à l'élaboration et à l'entretien d'une "culture d'institution" »*³⁷¹⁰ que ses membres finissent par lui donner corps, la culture institutionnelle postulant un sentiment subjectif profond d'appartenance à l'institution³⁷¹¹. C'est ce que décrit Pierre Bourdieu lorsqu'il évoque « *la capacité d'un agent à "jouer le jeu" dans un champ, à en saisir les enjeux et à s'y comporter "naturellement" »*³⁷¹². L'objectif, à terme, consistant, pour les collaborateurs du Défenseur des droits, à apprendre à parler le même langage au service d'une finalité commune : l'émergence d'une protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de type unitaire et plurifonctionnelle. A cet effet, un effort d'incorporation des règles et des compétences faisant exister le Défenseur des droits est évidemment attendu. L'affirmation appelle deux remarques étroitement liées.

1533. En premier lieu, on ne saurait ignorer que l'autonomie de l'individu n'est pas totale dans le cadre d'un tel processus d'intériorisation. A vrai dire, la socialisation institutionnelle apparaît, avant tout, « *comme une contrainte, au sens où elle limite la capacité d'agir des individus et où elle marque le pouvoir, notamment hiérarchique, qui s'exerce sur eux »*³⁷¹³. Clairement mise en avant par les auteurs structuralistes³⁷¹⁴, une telle restriction de l'autonomie des membres de l'institution autorise, ainsi, à parler d'emprise de l'institué sur ceux qui s'investissent en lui³⁷¹⁵. Néanmoins, et c'est là une conséquence immédiate de la spécificité du contexte de mise en place de la nouvelle institution française, cette seule

³⁷⁰⁹ L'acquisition d'une compétence, bien qu'indispensable au bon fonctionnement de l'institution, ne saurait être suffisante pour garantir l'émergence d'une culture institutionnelle dans la mesure où elle désigne « *la simple connaissance pratique et/ou réflexive des règles, des savoirs et des savoir-faire qui assurent le "bon fonctionnement" des organisations d'un point de vue "utilitaire", c'est-à-dire qui garantissent une participation efficace des agents à la production des services et des biens matériels, à leur circulation, à leur échange »* (J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 25).

³⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

³⁷¹¹ E. Biland, « Les cultures d'institution », *op. cit.*, p. 185.

³⁷¹² J. Lagroye et M. Offerlé, *op. cit.*, p. 25.

³⁷¹³ E. Biland, *op. cit.*, p. 183.

³⁷¹⁴ C'est, tout d'abord, et évidemment, le cas de Michel Foucault, dont l'intérêt pour l'analyse des institutions répressives et d'enfermement l'a conduit à démontrer que le pouvoir disciplinaire mis en œuvre dans ce type de structures conduit à fabriquer des individus, à normaliser les êtres, bref à leur inculquer une identité institutionnelle (en ce sens, le lecteur pourra utilement se référer à *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975). C'est, ensuite, le cas de Pierre Bourdieu qui, de façon peut-être plus intéressante du point de vue du Défenseur des droits, dans la mesure où son analyse ne concerne pas les lieux d'enfermement, par définition propices à la restriction de l'autonomie des membres qui les composent, écrit à propos des rites ou actes d'institution : « *[...] l'investiture exerce une efficacité symbolique tout à fait réelle en ce qu'elle transforme la représentation que s'en font les autres agents et surtout peut-être les comportements qu'ils adoptent à son égard [...]; et ensuite parce qu'elle transforme du même coup la représentation que la personne investie se fait d'elle-même et les comportements qu'elle se croit tenue d'adopter pour se conformer à cette représentation »* (« Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1982, n° 43, p. 59). C'est, enfin, et de façon on ne peut plus explicite, le cas de Mary Douglas lorsqu'elle écrit : « *Toute institution se met ensuite à organiser la mémoire de ses membres ; elle les force à oublier des expériences incompatibles avec l'image vertueuse qu'elle donne d'elle-même, et elle leur rappelle des événements qui soutiennent une vision du monde complémentaire de la sienne. Elle leur fournit aussi des catégories de pensée, établit leur conscience de soi et fixe leur identité »* (*Comment pensent les institutions*, La Découverte, Paris, 1999, p. 128).

³⁷¹⁵ En ce sens, v. J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 19.

emprise ne saurait suffire à garantir l'appropriation du Défenseur des droits par les agents qui le composent dans la mesure où, la plupart d'entre eux se trouvant issus des anciennes autorités administratives indépendantes fusionnées, des résistances de leur part sont à craindre. On peut, par exemple, supposer que la familiarisation du personnel issu du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants avec la technique de la médiation constituera un obstacle à la réception de la fonction de contrôle, héritées de la CNDS et de la HALDE, attribuées au Défenseur des droits. Inversement, les agents en provenance de CNDS et de la HALDE, institutions privilégiant une fonction de contrôle, rencontreront probablement des difficultés pour apprivoiser la logique de médiation.

1534. En second lieu, et à l'instar de l'appropriation du Défenseur des droits par les bénéficiaires des droits fondamentaux et les autres organes de garantie, ce processus d'intériorisation est susceptible de prendre un certain temps. Indépendamment du fait que chaque individu est plus ou moins prédisposé à s'investir dans l'institution naissante³⁷¹⁶, il convient, en effet, de constater que, si certaines réformes institutionnelles parviennent à transformer les comportements des membres de l'institution dans des délais relativement brefs, dans la grande majorité des cas « *des effets de changement beaucoup plus limités, graduels ou progressifs peuvent résulter de réformes globales, parce que les croyances et valeurs des agents chargés de leur mise en œuvre restent inchangées et/ou qu'une profonde redistribution des ressources n'a pas été réalisée en dépit d'un reformatage apparent des règles* »³⁷¹⁷. Or, l'affirmation se veut particulièrement vraie s'agissant du Défenseur des droits dès l'instant où, tel qu'il vient d'être mis en avant, la spécificité du contexte de mise en place de l'institution laisse craindre d'éventuelles résistances à son ancrage culturel.

2. La spécificité du processus de création du Défenseur des droits, facteur de résistance à l'ancrage culturel

1535. Pointé du doigt par de nombreux auteurs, en tête desquels le sociologue François Dubet³⁷¹⁸, le constat général et contemporain d'une crise des institutions pourrait de prime abord se présenter comme le principal obstacle à l'appropriation du Défenseur des droits et, dans le même temps, à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en France. Le phénomène est connu : l'érosion de la confiance des citoyens dans les institutions publiques les conduits à se désintéresser de cette forme de socialisation, et ce à plus forte raison lorsqu'il s'agit de « *questions constitutionnelles dont le*

³⁷¹⁶ Jacques Lagroye et Michel Offerlé rapportent en ce sens : « *Certains individus sont socialement "contraints" de participer aux activités d'une institution ; leur socialisation, leurs préférences acquises, leur goût pour tel ou tel type d'engagement, tout ce qui correspond en somme à leur habitus, les prédispose si fortement à s'y investir – voire à s'identifier à elle – qu'ils paraissent l'"habiter" naturellement [...]. D'autres individus n'entrent dans une institution que pour des raisons circonstanciées, telles que l'échec à un concours, la rencontre d'une opportunité, un changement de situation, et ainsi de suite. Ces individus ont, en un sens, tout à apprendre pour tenir correctement leur rôle dans l'institution, pour assimiler ses règles et ses savoir-faire. On peut faire l'hypothèse qu'ils n'y parviennent que dans la mesure où leur habitus est "compatible" avec les exigences de leur appartenance institutionnelle ; la "sur conformité" résulte souvent de l'effort qui leur est demandé pour entrer dans le jeu* » (Ibid., p. 20).

³⁷¹⁷ Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », *op. cit.*, p. 97.

³⁷¹⁸ F. Dubet, *Le déclin de l'institution*, Seuil, Paris, 2002.

degré de réalité reste faible aux yeux du corps social »³⁷¹⁹. Avec pour toile de fond la figure du citoyen passif, une telle démarche explicative, outre qu'elle conduit à obscurcir la compréhension des processus d'institutionnalisation³⁷²⁰, ne saurait, en réalité, véritablement rendre compte du risque de résistances éventuelles à l'appropriation du Défenseur des droits. Outre le fait que la crise de confiance des citoyens dans les institutions publiques concerne essentiellement les organes politiques³⁷²¹, ce que n'est pas le Défenseur des droits, l'actuel discours autour du citoyen passif, ainsi que l'a démontré Pierre Rosanvallon, relève davantage du mythe que de la réalité³⁷²².

1536. A la vérité, le principal obstacle à l'appropriation du Défenseur des droits réside dans la spécificité du contexte de mise en place de cette nouvelle institution. Résultant d'un processus original de regroupement d'instances spécialisées dans la protection des droits fondamentaux déjà existantes au sein d'une structure unique, la création du Défenseur des droits, on le sait, ne s'est pas faite sans essuyer certaines critiques. Une partie de la doctrine et de la classe politique, mais également certaines institutions publiques, à l'instar de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et, surtout, les autorités administratives indépendantes concernées par le regroupement, profondément attachées à l'ancien système institutionnel français de garantie non juridictionnelle, ne voyant pas d'un très bon œil le passage d'une protection de type sectorielle à une protection unitaire et plurifonctionnelle.

1537. Aussi des résistances à l'appropriation de la nouvelle institution, synonymes d'entraves à son ancrage culturel, sont-elles à craindre. Et ce d'autant plus que le Défenseur des droits, en tant qu'il s'inscrit dans un contexte étranger à celui des transitions démocratiques ibériques, ne trouvera pas à bénéficier du prestige de la mission initialement confiée à ses homologues espagnol et portugais : garantir l'acclimatation, à la sortie d'une période de dictature longue de près d'un demi-siècle, des droits et libertés nouvellement consacrés par la Constitution. Or, la participation active du Défenseur du Peuple et du

³⁷¹⁹ Ph. Bezes et P. le Lidec, *op. cit.*, p. 80.

³⁷²⁰ En ce sens, Choukri Hmed et Sylvain Laurens écrivent : « *Toute réflexion sur les causes des "résistances" se doit de se tenir à égale distance de deux écueils possibles, qui concourent à obscurcir la compréhension des processus d'institutionnalisation. D'un côté, une mise en récit de l'avènement maintes fois proclamé d'une "crise des institutions traditionnelles" (crise des partis, crise de l'Etat...) explique tendanciellement les résistances émergentes comme un signe de la "faillite" de l'institution, en minorant le rôle que joue l'interaction permanente d'agents porteurs de dispositions et en ignorant ce faisant une partie non négligeable du processus de coproduction de l'institution. De l'autre, la tentation de réhabiliter "l'individu face à l'institution" limite généralement l'analyse des résistances à un supplément d'âme face à un projet institutionnel fixiste et fait passer au second plan la place occupée par l'institution dans l'espace et dans l'ordre des institutions* » (« Les résistances à l'institutionnalisation », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution, op. cit.*, p. 133).

³⁷²¹ Sur la crise des organes politiques de représentation, v. *supra*, n° 419.

³⁷²² Estimant que le déclin de la confiance des citoyens dans leurs institutions doit « être resitué dans une analyse élargie des mutations des formes de l'activité démocratique » (*La contre-démocratie, op. cit.*, p. 25), Pierre Rosanvallon rappelle que « les indicateurs de participation à des grèves ou à des manifestations, la signature de pétitions, l'expression de formes de solidarités collectives dans les épreuves suggèrent ainsi que nous ne sommes pas entrés dans un nouvel âge de l'apathie politique et que l'idée d'un repli croissant sur la sphère privée n'est pas fondée. Il convient ainsi plutôt de parler de mutation que de déclin de la citoyenneté » (*ibid.*, p. 24).

Provedor de Justiça à l'ancrage des droits et libertés lors de leurs premières années d'activité, de nature à expliquer le rayonnement des deux institutions, a indiscutablement favorisé l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de l'autre côté des Pyrénées. De sorte que si certains auteurs, notamment espagnols, ont pu afficher leur scepticisme quant à la nécessité d'introduire une institution telle que l'ombudsman au sein des pays ibériques, de telles suspensions se sont rapidement trouvées dissipées par la pratique³⁷²³.

1538. Evidemment, d'aucuns ont démontré que les résistances au processus d'institutionnalisation contribuent, parfois, et de façon somme toute paradoxale, à consolider l'institution³⁷²⁴, soit qu'elles renforcent sa visibilité, voire, de façon plus exceptionnelle, qu'elles lui donnent une existence tangible³⁷²⁵. Un exemple en ce sens est donné, en France, par la crise politique de l'automne 1962. Faisant suite à l'annonce par le Général de Gaulle de sa volonté de soumettre à référendum l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, cette crise, ainsi que le rapporte le professeur Jacques Lagroye, donne lieu à un accord des élites quant à la reconnaissance pratique de l'institution et son importance dans le jeu politique ; *« même si nombre d'acteurs refusent encore explicitement de lui concéder une véritable et incontestable légitimité (notamment dans les partis de gauche), ils sont contraints de considérer qu'elle est désormais une "pièce maîtresse" dans l'ordre institutionnel et, surtout, d'adapter leurs comportements en fonction de son existence »*³⁷²⁶. Inversement, la conformité apparente, voire l'allégeance ostensible aux règles du jeu autorise leur progressive et discrète remise en cause³⁷²⁷. Ainsi, *« un agent qui se contente de produire des adaptations primaires peut s'avérer gênant pour l'institution, à tel point que la conformation parfaite au projet institutionnel – embrasser "ses buts avec trop de chaleur" – peut potentiellement devenir mortifère pour l'institution elle-même »*³⁷²⁸. Sous couvert de ces précisions, il convient de reconnaître que les résistances qui accompagnent la création d'une institution desservent, en règle générale, le processus d'institutionnalisation davantage

³⁷²³ Le professeur Álvaro Gil-Robles écrit en ce sens : *« [...] on peut noter qu'aujourd'hui le doute ou le mépris de la doctrine, des juges et des administrations à l'encontre de l'institution du Défenseur du Peuple a disparu. C'est maintenant une institution consolidée parce qu'elle a démontré dans les faits son efficacité »* (« Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *op. cit.*, p. 485).

³⁷²⁴ Delphine Dulong écrit en ce sens : *« Inhérentes à l'institution, les pratiques déviantes et même subversives ne sont [...] pas forcément "désintégrant". Sans verser dans une pensée fonctionnaliste, on peut en effet affirmer que, si elles mettent en danger, elles contribuent aussi à consolider. Car situées à l'articulation entre "l'institué et le ravivé", elles s'inscrivent dans des mobilisations autour de la "vérité" de l'institution qui sont certes conflictuelles mais qui, en perturbant les routines institutionnelles et en réactualisant le sens de ses règles, réenchangent la croyance dans l'institution et l'empêchent de connaître le sort de la Belle au bois dormant : devenir une chose inanimée, vidée de toute illusion, habitée par des individus qui n'attendent même plus d'être réveillés »* (« Au-dedans et en dehors : la subversion des pratiques », in J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, *op. cit.*, pp. 264-265). Sur cette question, v. également Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », *op. cit.*, pp. 143 et ss.

³⁷²⁵ En ce sens, v. J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, p. 113.

³⁷²⁶ J. Lagroye, « Le conflit de l'automne 1962. Dispersion et convergences dans la formalisation du rôle », in B. Lacroix et J. Lagroye (Dir.), *Le Président de la République : usages et genèses d'une institution*, Presses de la FNSP, Paris, 1992, pp. 192-193.

³⁷²⁷ Sur ce point, v. not. F. Desage et B. Sibille, « L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », *op. cit.*, pp. 171-172.

³⁷²⁸ Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », *op. cit.*, p. 143.

qu'elles ne le servent. Or, bien qu'inhérentes à toute création institutionnelle (a), de telles résistances se trouvent exacerbées s'agissant du Défenseur des droits (b).

a. Un phénomène inhérent à toute création institutionnelle

1539. Susceptibles d'être définies comme « [...] des mouvements individuels ou collectifs qui vont du contournement, de l'évitement ou de la mise à distance des rôles prescrits à la défection et à l'opposition frontale à l'institution, en passant par toute la gamme des comportements confinant à la désobéissance et à l'indiscipline »³⁷²⁹, les résistances à l'appropriation d'une institution se révèlent consubstantielles au processus même d'institutionnalisation³⁷³⁰. Parce que certains acteurs ont intérêt à faire obstacle à la mise en place de telle ou telle institution, les actes d'institutionnalisation sont généralement « propices » à l'émergence de conflits. Bien entendu, de telles résistances, notamment de la part des membres de l'institution, peuvent de prime abord étonner dès l'instant où les individus attirés par une institution se reconnaissent généralement en elle et, ce faisant, sont prédisposés à se conformer aux conduites attendues³⁷³¹. Les choses se révèlent néanmoins sensiblement plus complexes dans la pratique, spécialement lorsqu'il s'agit de la naissance d'un dispositif institutionnel.

1540. Car, si les résistances aux processus d'institutionnalisations sont loin d'être cantonnées à « l'état naissant des institutions »³⁷³², celles-ci s'expriment, cependant, avec une acuité particulière au moment de leur création. Comme le soulignent Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « les "temps constitutants" [...] sont des périodes où les affrontements et les conflits d'intérêt se déploient d'autant plus que les membres et les dirigeants des institutions déjà reconnues, installées, légitimées, voient dans le nouveau dispositif une opportunité d'accroître leur propre influence, ou – tout au contraire – s'efforcent d'empêcher une émergence qui perturbe l'ordre institutionnel général »³⁷³³. Etape décisive de la vie d'une institution, la naissance occasionne, en effet, l'émergence de rapports de force dont l'issue n'est jamais certaine. Objet de toutes les attentions, la création d'un dispositif institutionnel cristallise les passions. Des tensions se font jour autour de son opportunité, de sa place dans l'ordre institutionnel, de la figure qu'il prendra, de la fonction qu'il s'assigne et qu'on lui impose. Bref, dans la mesure où tout semble à inventer lors de la création d'une institution, les processus d'institutionnalisation « favorisent » l'apparition de conflits et, ce faisant, se heurtent, bien souvent, à de vives oppositions³⁷³⁴. A cela s'ajoute, s'agissant des membres de l'institution, des facteurs divers et variés, tels que le poste qu'ils occupent, le rôle qui leur est

³⁷²⁹ *Ibid.*, p. 132.

³⁷³⁰ En ce sens, v. par ex. D. Dulong, « Au-dedans et en dehors : la subversion des pratiques », *op. cit.*, p. 249.

³⁷³¹ R. Lefebvre, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle », *op. cit.*, p. 237.

³⁷³² Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », *op. cit.*, p. 132. Ainsi, en 1997, le professeur Pascal Jan et Jean-Philippe Roy soulignaient que le Conseil constitutionnel, en dépit d'une assise désormais indiscutable, alimente toujours une hostilité jacobine chez certains parlementaires (« Introduction », in P. Jan et J.-Ph. Roy (Dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, Paris, 1997, p. 9).

³⁷³³ J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 18.

³⁷³⁴ Sur l'ensemble de ces questions, le lecteur pourra utilement se référer à : J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 18 ; J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, pp. 105-106.

assigné ou, encore, leur intérêt à jouer le jeu, de nature à influencer leur rapport à l'institution³⁷³⁵. Tandis que certains acteurs, parce qu'ils ont plus à perdre qu'à gagner à s'écarter des rôles établis³⁷³⁶, joueront pleinement le jeu de la réforme, d'autres n'y adhéreront que formellement. « *La réforme fait alors l'objet d'une résistance plus ou moins souterraine parce qu'elle heurte les représentations que les agents se font des missions légitimes de leur institution d'appartenance, bouleverse leur identité, leur métier, les relations et les échanges qu'ils ont établis de longue date avec d'autres agents situés hors de l'institution et auxquelles ils peuvent être attachés parce qu'elles leur procurent des gratifications symboliques et/ou matérielles* »³⁷³⁷.

1541. Ainsi, tout processus d'institutionnalisation impose à la structure nouvellement mise en place d'obtenir, par divers dispositifs de normalisation des conduites, des comportements conformes à sa raison d'être³⁷³⁸, et ce aussi bien de la part des membres qui l'investissent que des agents qui lui sont extérieurs³⁷³⁹. Parfois, les coûts sociaux impliqués par une éventuelle transgression des règles de l'institution suffisent à garantir la conformation des acteurs à leur rôle³⁷⁴⁰. Le relais médiatique, par exemple, est susceptible d'exercer une importante force de dissuasion sur les acteurs tentés de sortir de leur rôle³⁷⁴¹. Mais, quoi qu'il en soit, le risque de résistances à l'institutionnalisation, bien qu'inhérent à tout dispositif institutionnel, n'en traduit pas moins une forme d'échec dans l'appropriation et, par là-même, l'ancrage de l'institution nouvellement mise en place dès lors qu'il trouve à se concrétiser. Or, un tel risque s'avère exacerbé s'agissant du Défenseur des droits.

b. Un phénomène exacerbé s'agissant du Défenseur des droits

1542. Consubstantielle à la notion même d'institutionnalisation, la manifestation de résistances lors de la mise en place de nouveaux dispositifs institutionnels est susceptible, eu

³⁷³⁵ En ce sens, v. J. Lagroye et M. Offerlé, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁷³⁶ Ce sera, par exemple, le cas lorsque la nouvelle institution leur permet de valoriser des savoir-capitalisés et jusque là peu utilisés ou, encore, qu'elle renforce les positions qu'ils occupent et leur ouvre des perspectives de carrières.

³⁷³⁷ Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », *op. cit.*, p. 101.

³⁷³⁸ En ce sens, v. R. Lefebvre, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle », *op. cit.*, p. 236.

³⁷³⁹ La manifestation de résistances à la création ou à la réformation d'une institution ne saurait effectivement se limiter aux seuls agents qui l'investissent. Au contraire, les groupes sociaux et les individus qui lui sont extérieurs, mais également les institutions déjà installées se présentent comme de potentielles sources d'opposition. Aussi la Cour de cassation, par exemple, a-t-elle initialement exprimé une certaine résistance à l'endroit de la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (sur ce point, v. *supra*, n° 151).

³⁷⁴⁰ Ceci est parfaitement résumé par Erving Goffman lorsqu'il affirme : « *Les règles sont efficaces (pour autant qu'elles le sont) parce que ceux auxquels elles s'appliquent croient en leur justesse et en viennent à se concevoir en fonction de ce que la conformité leur permet d'être et en fonction de l'état auquel une déviation implique qu'ils soient réduits. Le système de sanctions associé à une règle est efficace (pour autant qu'il l'est) parce qu'il proclame le succès ou l'échec d'un individu à être ce que lui et les autres sentent qu'il devrait être, et, plus abstraitement, parce qu'ils proclament une conformité ou une déviance individuelles générales* » (*La mise en scène de la vie quotidienne. Les relations en public*, Les Editions de Minuit, Paris, 1973, p. 103).

³⁷⁴¹ « *Les écarts au rôle sont très diversement controversés mais les médias ont tendance à les dramatiser sur un mode spectaculaire, à les cadrer comme des "gaffes", à les "scandaliser", surtout lorsqu'ils sont le fait de titulaires de hautes positions institutionnelles* » (R. Lefebvre, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle », *op. cit.*, p. 236).

égard à la spécificité de son contexte de mise en place, de s'exprimer avec une acuité particulière s'agissant du Défenseur des droits. Résultat d'un processus de regroupement de quatre autorités administratives indépendantes déjà existantes au sein d'une structure unique, le Défenseur des droits, exige, en effet, des agents sociaux qu'ils se départissent des dispositions acquises antérieurement au contact des autorités indépendantes sectorielles fusionnées afin de permettre l'acclimatation du nouveau système de protection non juridictionnelle des droits fondamentaux de type unitaire et plurifonctionnel. Or, une telle démarche est loin d'être aisée. Car, outre le fait que les modalités de fonctionnement diffèrent sensiblement d'un système à l'autre, une culture de la protection non juridictionnelle de type sectorielle avait commencé à émerger au sein du corps social, parmi les autres organes de garantie et chez les membres des autorités désormais regroupées. A ce titre, la sociologie des institutions enseigne que, d'un point de vue cognitif, « *les institutions préexistantes structurent [...] en profondeur l'espace du possible et du pensable* »³⁷⁴². Plus ou moins aisé selon les dispositions précédemment constituées chez les individus, un processus d'institutionnalisation rencontrera, ainsi, d'autant plus de résistances que l'institution nouvellement mise en place se substitue à une institution ou, à l'instar du Défenseur des droits, à un groupe d'institutions revêtus d'une fonction similaire et jouissant d'un certain ancrage au sein du système juridique. Dans ce cas de figure, on voit, bien souvent, « *de vastes coalitions se mobilise[r] pour défendre l'institution dans laquelle sont enchâssés leurs intérêts tandis que les bénéficiaires éventuels du changement, ignorant les bénéfices qu'ils pourraient en retirer à long terme, ne soutiennent pas les réformateurs* »³⁷⁴³. Partant, on est en droit d'exprimer quelques doutes quant à la capacité des différents acteurs intéressés par le Défenseur des droits à s'approprier cette nouvelle institution.

1543. La remarque est particulièrement vraie en ce qui concerne les membres de l'institution. Dans la mesure où « *les institutions façonnent les façons de voir, de penser et d'agir de leurs membres* »³⁷⁴⁴, les résistances à un processus d'institutionnalisation sont, dans de nombreux cas de figure, liées à l'activation par les individus de dispositions acquises au sein d'autres institutions³⁷⁴⁵. Evidemment, les agents du Défenseur des droits, en tant qu'ils sont pour la majorité issus des anciennes autorités sectorielles regroupées, dispose d'une solide culture de la garantie non juridictionnelle. Pour autant, cette culture est celle d'une protection de type sectorielle, sensiblement différente de la protection désormais offerte par une institution généraliste telle que le Défenseur des droits. De toute évidence, un tel facteur ne facilite pas l'appropriation de la nouvelle institution, et ce à plus forte raison que, on y a suffisamment insisté, d'une part, chaque autorité regroupée disposait d'une identité spécifique et, d'autre part, le législateur a fait le choix de préserver la visibilité de ces autorités au sein du Défenseur des droits.

³⁷⁴² Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », J. Lagroye et M. Offerlé (Dir.), *Sociologie de l'institution*, *op. cit.*, p. 66.

³⁷⁴³ *Ibid.*, p. 72.

³⁷⁴⁴ E. Biland, « Les cultures d'institution », *op. cit.*, p. 178.

³⁷⁴⁵ En ce sens, v. Ch. Hmed et S. Laurens, « Les résistances à l'institutionnalisation », *op. cit.*, p. 137.

1544. Elle vaut également pour les bénéficiaires des droits fondamentaux et les autres organes de garantie. S'agissant des premiers, certains groupes sociaux, érigés en coalitions de soutien aux institutions en place, s'efforcent de protéger ces dernières lorsqu'elles sont exposées à des initiatives réformatrices³⁷⁴⁶. « Parfois appelés "clientèles" »³⁷⁴⁷, de tels groupements « défendent l'action ou les principes de légitimité de l'institution dont ils bénéficient et avec laquelle ils peuvent entretenir des relations d'homologie »³⁷⁴⁸. Ainsi, de nombreuses associations de défense des droits de l'enfant, à l'instar de *Défense des enfants international*³⁷⁴⁹, se sont vivement opposées à la dissolution du Défenseur des enfants au sein du Défenseur des droits. Concernant les seconds, on ne saurait trop insister sur le fait que les projets de réformes institutionnelles sont généralement interprétés par les institutions existantes comme susceptibles d'affecter leurs intérêts et leur légitimité³⁷⁵⁰. En l'occurrence, les autres instances de garantie, à l'instar des juridictions et des autorités indépendantes maintenues, peuvent entrevoir dans le Défenseur des droits un potentiel rival à même de revendiquer pour son compte le prestige que procure la protection des droits fondamentaux. A cela s'ajoute les nombreuses réserves exprimées vis-à-vis du processus de création et de la configuration institutionnelle du Défenseur des droits par l'organe parlementaire, principal collaborateur, on le rappelle, de l'*human rights ombudsman*. Le sénateur Robert Badinter, notamment, n'a pas caché son opposition à « la décision d'inscrire dans la Constitution un défenseur dont la mission, qui sera fixée dans le cadre d'une loi organique, n'est pas réellement définie. Tel qu'on le présente, cet organe apparaît en effet comme le sommet d'une pyramide dont les autres instances deviendraient les membres d'un collège, bref, comme un monstre bureaucratique »³⁷⁵¹.

1545. Source d'entrave à l'épanouissement de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux, la spécificité du processus de création du Défenseur des droits emporte, en définitive, un risque élevé de résistances. Certes, on est en droit d'espérer que les réticences exprimées à l'endroit de la nouvelle institution s'estomperont avec le temps. Comme le souligne le professeur Eivind Smith, « qu'une constitution soit considérée comme un symbole positif ou comme un symbole négatif dépend nécessairement de celui qui la considère. Au moment constitutionnel, ceux qui l'élaborent et la promulguent (ou une majorité suffisante parmi eux) auront bien évidemment tendance à adopter un point de vue positif. Dans le cas d'un succès (relatif) du texte promulgué à titre de document fondateur effectif, il est vraisemblable que l'"établissement" politique ou social développera peu à peu ou du moins défendra une vue similaire »³⁷⁵². On ne saurait pour autant ignorer les effets durables de

³⁷⁴⁶ Sur ce point, v. Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », *op. cit.*, p. 69.

³⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 71.

³⁷⁴⁸ *Ibid.*

³⁷⁴⁹ Son président, Jean-Pierre Rosenczveig, a ainsi affirmé : « Quand on lit avec attention le projet de loi, c'est très clair : le nouveau Défenseur des droits va s'en tenir à aider les enfants en danger, c'est tout. C'est une vision étriquée... Et surtout, on balaie tout le travail qui a été fait ces dernières années pour la prise en compte de l'enfant en tant que personne » (cité par M. Piquemal, « Le défenseur des enfants est là pour déranger », *Libération*, 22 septembre 2009, [en ligne]. Disponible sur [www.libération.fr]).

³⁷⁵⁰ En ce sens, v. Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ordre institutionnel et genèse des réformes », *op. cit.*, p. 70.

³⁷⁵¹ Cité par W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnaliste ? », *op. cit.*, p. 121.

³⁷⁵² E. Smith, « Les fonctions symboliques des constitutions », in M. Troper et D. Chagnollaud (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome I, Dalloz, Paris, 2012, p. 784.

certain contextes de naissance des institutions³⁷⁵³. Ainsi, s'agissant du Défenseur des droits, la majorité parlementaire de l'époque a essuyé de nombreuses critiques, et ce aussi bien de la part des autorités fusionnées, que du monde politique, institutionnel et universitaire, à propos de la gestion du processus de regroupement de la HALDE, de la CNDS, du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants au sein d'une structure unique. Tel que souligné précédemment, alors même que de nombreuses tractations, pressions, abandons ont animé la procédure législative, les autorités concernées par le regroupement, à l'exception du Médiateur de la République, n'ont, à aucun moment, été informées d'un projet visant à les supprimer et encore moins associées et consultées aux différentes étapes d'élaboration des textes. Or, de telles critiques sont susceptibles de se prolonger dans le temps. Car, ceux qui, dès les premiers stades du processus de création d'un dispositif institutionnel, se sont sentis écartés sur des questions jugées importantes peuvent être tentés de continuer à s'opposer à l'institution mise en place, et ce quels que soient les résultats, positifs ou négatifs, produits par celle-ci³⁷⁵⁴. C'est pourquoi une entreprise de légitimation du Défenseur des droits apparaît indispensable.

3. La légitimation du Défenseur des droits, préalable indispensable à l'ancrage culturel

1546. « *Qualité de ce qui est accepté et reconnu par les membres d'une société* »³⁷⁵⁵, la légitimité se présente, de toute évidence, comme un facteur déterminant de l'effectivité des normes juridiques. Bien entendu, d'aucuns entendent exclure cette notion de l'étude du droit. C'est, par exemple, le cas de Hans Kelsen qui, en réaction à la doctrine jusnaturaliste assimilant la légitimité à un critère de validité des normes, considère que la légitimité ne saurait constituer un élément pertinent de compréhension du droit, entendu à la fois comme ensemble de normes et comme science³⁷⁵⁶. La position du maître de Vienne n'est pourtant pas des plus convaincantes. Si la notion de légitimité ne saurait, contrairement à ce qu'affirment les jusnaturalistes, être considérée comme un critère d'identification des normes valides, elle n'en conserve pas moins sa place au sein de la science du droit dans la mesure où elle se présente comme un élément de compréhension du fonctionnement des normes, dont leur effectivité³⁷⁵⁷. Car une influence réciproque s'exerce indiscutablement entre légitimité et effectivité des normes juridiques. Ainsi que l'écrit très justement le professeur M.-A. Cohendet, « *plus une norme est légitime, plus elle a de chances d'être effective. Et plus elle est effective, plus l'image de ce qui doit être sera marquée par cette pratique et donc plus la norme sera légitime. L'effectivité d'une norme est souvent analysée comme un indice de sa légitimité, et elle renforce en principe cette légitimité. Quant une norme est respectée par tous [...] chacun a tendance à penser qu'elle est légitime, et donc chacun est incité à la respecter.*

³⁷⁵³ Sur ce point, v. Ph. Bezes et Patrick le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », *op. cit.*, p. 85.

³⁷⁵⁴ En ce sens, v. E. Smith, *op. cit.*, p. 784.

³⁷⁵⁵ C.-D. Echaudemaison (Dir.) et alii., *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, *op. cit.*, p. 282.

³⁷⁵⁶ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, p. 213.

³⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 213.

Réciproquement, moins une norme est légitime, moins elle est effective, et cette ineffectivité affecte à son tour sa légitimité qui sera encore amoindrie et ainsi de suite »³⁷⁵⁸.

1547. Partant, il est à peine besoin d'insister sur le rôle déterminant de la légitimation du Défenseur des droits du point de vue de son appropriation par les différents acteurs intéressés par cette forme de protection. Intimement liée au sentiment de justice³⁷⁵⁹, l'acquisition d'une certaine légitimité devrait effectivement permettre au Défenseur de vaincre les éventuelles résistances à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnel en France. Certes, d'autres facteurs, à l'instar de la publicité, sont susceptibles d'œuvrer en faveur de l'acclimatation de cette nouvelle forme de garantie. Dès lors qu'elle permet à l'institution de se faire connaître, la médiatisation est également en mesure de contribuer au processus d'appropriation du Défenseur des droits. Le recours à la publicité présente néanmoins ses propres limites. Dès l'instant où les institutions concurrentes ont intérêt à – et peuvent facilement – ignorer ce type de démarches, le seul recours à la publicité ne suffit guère pour qu'une institution émergente s'impose dans l'ordre institutionnel³⁷⁶⁰. En outre, d'aucuns n'ont pas manqué de souligner que « *le discours du Défenseur ne sera porté par les médias que s'il est capable de prendre des positions réellement indépendantes de la volonté gouvernementale. Or, au vu de sa procédure de nomination, il semble qu'acquérir cette place dans l'opinion publique ne sera pas une tâche aisée à remplir pour le futur Défenseur* »³⁷⁶¹. Aussi indispensable soit-elle, la médiatisation du Défenseur des droits ne saurait, par conséquent, suffire pour garantir l'appropriation de cette nouvelle forme de garantie. A la vérité, seul un effort de légitimation offre la certitude de parvenir à un tel résultat. On en veut pour preuve le lien étroit établi par les sociologues des institutions entre la notion d'institution et de légitimité. Ainsi, Mary Douglas, à la suite d'Emile Durkheim, définit l'institution comme un « *groupement social légitimé* »³⁷⁶². Afin de poursuivre l'analyse plus avant, deux précisions se doivent d'être apportées.

1548. En premier lieu, la notion de légitimité ne saurait être entendue ici dans son acception classique d'attribut du pouvoir et d'expression d'une domination³⁷⁶³. Ainsi que l'écrit Hélène

³⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 226.

³⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 212.

³⁷⁶⁰ J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, p. 111.

³⁷⁶¹ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, *op. cit.*, p. 72.

³⁷⁶² Rapporté par V. Tournay, *Sociologie des institutions*, *op. cit.*, p. 15.

³⁷⁶³ Cette acception est celle proposée par le sociologue allemand Max Weber. Celui-ci recourt en effet au concept de légitimité afin d'expliquer les relations de domination : les dominés acceptent de se soumettre aux ordres provenant des dominants car ils les considèrent légitimes. La légitimité, poursuit Weber, est susceptible de prendre trois formes différentes : la domination traditionnelle où le pouvoir est reconnu comme légitime en raison de sa pérennité et de son caractère ancestral ; la domination charismatique où la légitimité du pouvoir repose sur les qualités personnelles d'un chef revêtu d'un charme exceptionnel ; la domination rationnelle-légale où la légitimité repose sur la conviction que l'ordre est donné en conformité à une loi positive (*Economie et société, tome 1. Les catégories de la sociologie*, Agora, Les classiques, Paris, 2003, p. 320). Ce lien étroit entre domination et légitimité se retrouve également chez Pierre Bourdieu, encore que dans une perspective radicalement différente. Selon le sociologue français, la légitimité est un mode d'exercice de la domination exercée par la classe sociale dominante sur la classe sociale dominée. Ainsi, « *est légitime une institution, ou une action, ou un usage qui est dominant et méconnu comme tel, c'est-à-dire tacitement reconnu* » (*Questions de sociologie*, Editions de Minuit, Paris, 1984, p. 110). En somme, une chose légitime sera acceptée ou imposée de façon inconsciente par le prisme de ce que Pierre Bourdieu nomme la violence symbolique.

Hatzfeld, « *l'élaboration historique du concept de légitimité dans le champ du pouvoir et, plus largement, son interprétation en terme de domination, permettent difficilement de rendre compte de la multiplicité et de la diversité du recours à la notion de légitimité aujourd'hui* »³⁷⁶⁴. L'affirmation se veut particulièrement vraie s'agissant du Défenseur des droits. Contre-pouvoir dépourvu de prérogatives contraignantes, ce dernier ne saurait fonctionner sur la base d'une relation de domination. En tant qu'autorité de régulation, le Défenseur des droits doit, au contraire, gagner en légitimité dans la perspective de recueillir l'adhésion des citoyens, des autres organes de garantie et de ses propres agents. Ce faisant, la légitimité n'est pas tant au service d'une relation de pouvoir et de domination que d'une relation de consentement et de confiance³⁷⁶⁵. En somme, la notion de légitimité, telle que nous l'entendons ici, se rapprocherait de la définition qu'en donne Hélène Hatzfeld. A savoir « *le droit reconnu à une personne de parler et d'agir au nom de ...* »³⁷⁶⁶.

1549. En second lieu, l'acquisition de la légitimité demeure une entreprise délicate et aléatoire³⁷⁶⁷. Outre que le Défenseur des droits ne saurait, en l'état actuel du droit positif, complètement jouir d'une telle qualité, dans la mesure où « *la légitimité n'est jamais un état naturel, spontané, simple, immédiat* »³⁷⁶⁸, l'accession au statut d'organe légitime demande du temps et implique d'importants efforts en ce sens. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à la lente montée en puissance du Conseil constitutionnel ou, encore, mais c'est lié, à la difficile émergence d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois en France. Impossible avant 1958, en raison d'une révérence absolue vis-à-vis de la loi et de la crainte de voir émerger un gouvernement des juges, le contrôle de constitutionnalité de la loi tel qu'instauré par la Constitution de 1958, c'est-à-dire essentiellement limité à un contrôle externe du respect de la répartition des compétences entre la loi et le règlement, ne permet pas au Conseil constitutionnel de disposer d'une légitimité suffisante pour s'ériger en véritable gardien de la Constitution. C'est seulement au fil du temps, grâce notamment à sa célèbre décision *Liberté d'association* de 1971, que le Conseil a acquis cette légitimité et ainsi pu développer un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois en France, dont l'aboutissement réside dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité³⁷⁶⁹. C'est pourquoi un certains laps de temps sera probablement nécessaire

³⁷⁶⁴ H. Hatzfeld, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 92.

³⁷⁶⁵ Dans une logique de régulation des conflits, Jean-Marc Coicaud refuse, ainsi, « *de voir dans la légitimité seulement un rapport de force dans lequel la domination n'a d'autres pendant que la soumission. L'insistance sur le consentement, la construction d'accords sur les normes, le partage de valeurs confère à la légitimité conçue comme droit à gouverner un ancrage légal et social* » (*Ibid.*, p. 94).

³⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 92.

³⁷⁶⁷ Guglielmo Ferrero écrit en ce sens : « *Pour qu'une légitimité atteigne sa pleine maturité, il faut qu'une minorité au moins croie activement en son principe, avec une ferveur presque religieuse, qui la sublimise en lui prêtant une grandeur transcendante* » (*Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Librairie générale du livre, 1988, p. 29).

³⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 137.

³⁷⁶⁹ Sur ces questions, v. par ex. : M.-A. Cohendet, « *Légitimité, effectivité et validité* », *op. cit.*, pp. 231-232 ; D. Maus, « *La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France* », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 713 ; Y. Poirmeur, « *Des raisons de croire et de douter : la légitimité du Conseil constitutionnel pour les parlementaires* », in P. Jan et J.-Ph. Roy (Dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, *op. cit.*, pp. 65-67 ; G. Tusseau, « *La fin d'une exception française ?* », *Pouvoirs*, 2007, n° 137, p. 5.

avant que le Défenseur des droits acquiert la légitimité suffisante pour convaincre les plus sceptiques quant au bien fondé d'un système de protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnel.

1550. Sous couvert de ces deux précisions, s'intéresser à la problématique de la légitimation du Défenseur des droits impose d'identifier, non seulement les principaux acteurs en mesure de contribuer à un tel processus (a), mais également les éléments sur lesquels ce dernier est susceptible de s'appuyer (b).

a. Les acteurs du processus de légitimation

1551. Dans la mesure où la légitimité n'est jamais acquise d'avance, l'acquisition d'une telle qualité par le Défenseur des droits suppose une mobilisation en ce sens de certains acteurs. Parmi ces acteurs, un effort particulier est attendu du représentant de l'institution et de la doctrine. Etant entendu que d'autres catégories d'acteurs, à l'instar du milieu associatif et des médias, sont également susceptibles d'œuvrer en faveur de la légitimation de la nouvelle institution française.

1552. Le représentant de l'institution. Affirmer que le Défenseur des droits, spécialement son représentant et, dans une certaine mesure, ses collaborateurs les plus proches³⁷⁷⁰, se présente comme l'un des principaux protagonistes du processus de légitimation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux relève de l'évidence. Dès lors que le titulaire de la fonction demeure, en dernier ressort à tout le moins, le seul compétent pour déterminer la trajectoire de l'institution, ses actes et ses paroles conditionnent, en effet, très largement la légitimité du Défenseur. A ce titre, le choix de la personnalité nommée à la tête de l'institution s'avère, une fois de plus, essentiel dans la mesure où, on le sait, la qualité de l'institution et, partant, sa légitimité dépendent dans une importante mesure de celle de son dirigeant. Parce que « *la personnalité et la situation de celui qui parle et qui cherche à convaincre ou rallier une adhésion jouent un rôle parfaitement admis dans les processus d'influence* »³⁷⁷¹, la fonction de Défenseur des droits ne saurait, ainsi, s'accommoder d'une personnalité effacée. Préjudiciable à la visibilité de l'institution, un représentant trop feutré ne saurait être à même d'imposer l'institution au sein du système institutionnel français de garantie des droits fondamentaux. A la vérité, seule une personnalité d'envergure, n'ayant pas peur de prendre position et de dénoncer publiquement les atteintes portées aux droits de la personne humaine, se révèle en mesure de conférer au Défenseur des droits le rayonnement nécessaire à l'émergence d'une véritable culture de la protection non juridictionnelle des droits et libertés en France. Etant entendu qu'une telle envergure ne doit pas empêcher le

³⁷⁷⁰ En ce sens, Dominique Baudis n'a pas manqué de faire savoir, à propos de ses adjoints, que « *le choix s'impose [...] de personnalités dont la légitimité procède des compétences, de l'expérience et d'une solide culture juridique pour assurer la crédibilité des décisions du Défenseur des droits auprès du Conseil d'État, de la Cour des comptes et de la Cour de cassation* » (Audition en date du 15 juin 2011 effectuée par la commission des lois constitutionnelles de chaque chambre, *op. cit.*).

³⁷⁷¹ L. Bellenger, *La force de persuasion. Du bon usage des moyens de persuader et de convaincre*, *op. cit.*, p. 45.

représentant de l'institution de demeurer suffisamment proche du citoyen pour susciter la confiance chez l'ensemble des bénéficiaires des droits fondamentaux.

1553. La doctrine. Entendue comme l'« *opinion des auteurs [et] par extension, l'ensemble des auteurs* »³⁷⁷² qui écrivent sur le droit, la doctrine se présente comme un acteur déterminant du processus de légitimation des normes juridiques. Ainsi le professeur Eivind Smith constate que le mot « Constitution » a connu au cours de la fin du XX^e et le début du XXI^e siècle un gain de popularité remarquable grâce à un accroissement concomitant de sa charge positive auprès des spécialistes en droit public et en philosophie politique³⁷⁷³. Certes, on admettra que la contribution de la doctrine à la légitimation des règles de droit et des institutions publiques demeure nécessairement aléatoire. Pour s'en tenir à la problématique du Défenseur des droits, il importe, en effet, de reconnaître que la doctrine, à la différence du représentant de l'institution, n'a pas nécessairement intérêt à promouvoir le Défenseur des droits. Elle peut tout au contraire considérer que cette nouvelle structure marque un recul de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. Deux précisions méritent toutefois d'être apportées sur ce point.

1554. Sur le plan quantitatif, d'une part, il serait souhaitable que les auteurs qui écrivent sur le droit s'intéressent davantage au Défenseur des droits, ne saurait-ce que pour promouvoir la protection non juridictionnelle des droits et libertés. Passée quelque peu inaperçue dans le cadre d'une révision constitutionnelle dont le principal centre d'intérêt, il faut bien l'avouer, est demeuré la question prioritaire de constitutionnalité, la nouvelle institution française n'a guère retenu l'attention de la doctrine. En témoigne le nombre relativement modeste de contributions consacrées à la question.

1555. Sur le plan qualitatif, d'autre part, les plus sceptiques quant à l'opportunité de la nouvelle institution gagneraient peut-être à se montrer davantage nuancés. Bien entendu, il ne s'agit pas d'exhorter la doctrine à faire abstraction des lacunes affectant le Défenseur des droits. Au contraire, les critiques formulées à l'encontre de la nouvelle institution, surtout si elles sont entendues et donnent lieu à des réformes en ce sens, peuvent contribuer au renforcement de la légitimité du Défenseur des droits. En revanche, on est en droit de regretter, de la part des défenseurs de l'ancien système non juridictionnel français de garantie, la formulation de prédictions catastrophiques au sujet de l'institution nouvellement mise en place. Reposant sur l'idée que « *l'avenir sera plus sombre que le présent ou le passé proche* »³⁷⁷⁴, de telles prédictions préjudicient inévitablement à l'appropriation du Défenseur des droits. De surcroît, elles ne semblent pas toujours fondées tant il existe des raisons de se réjouir de la création du Défenseur des droits. Raisons sur lesquelles le processus de légitimation gagnerait à s'appuyer.

³⁷⁷² S. Guinchard (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 318.

³⁷⁷³ E. Smith, « Les fonctions symboliques des constitutions », op. cit., p. 768.

³⁷⁷⁴ N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, op. cit., p. 153.

b. Les fondements du processus de légitimation

1556. Indispensable, la légitimation du Défenseur des droits n'en demeure pas moins une entreprise délicate à mener à bien. Susceptible de prendre un certain temps, elle emporte, de surcroît, le risque de se trouver entravée par deux éléments que sont, d'une part, le mode de nomination du Défenseur et, d'autre part, la différence de contexte de mise en place de l'institution française par rapport à ses homologues ibériques³⁷⁷⁵. En effet, tandis que l'actuel mode de nomination du représentant de l'institution ne saurait permettre au Défenseur des droits, on y a suffisamment insisté, de jouir de la légitimité démocratique que lui aurait conféré l'élection à une majorité qualifiée de parlementaires, la participation active du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça* à l'acclimatation des droits fondamentaux à la sortie des dictatures franquiste et salazariste leur a permis de se façonner une image positive auprès de la société civile.

1557. Est-ce à dire, pour autant, que toute entreprise de légitimation de la nouvelle institution française est inexorablement vouée à l'échec ? La réponse est évidemment négative. Bien que l'accession au rang d'organe légitime sera nécessairement plus difficile que pour les *ombudsmen* espagnol et portugais, ne serait-ce que parce qu'il devra parvenir à s'affranchir de la suspicion qui pèse sur lui en raison de sa procédure de nomination³⁷⁷⁶, le Défenseur des droits dispose des qualités nécessaires pour s'imposer au sein l'ordonnement juridique français. Reste à déterminer les fondements sur lesquels il peut entendre construire sa légitimité. Ainsi que le fait remarquer Hélène Hatzfeld, « *comment se fait le partage entre ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas ?* »³⁷⁷⁷. En d'autres termes, sur quels éléments les acteurs du processus de légitimation peuvent s'appuyer en vue de faciliter l'ancrage culturel de la garantie non juridictionnelle ? Sur ce point, les travaux de Guy Scoffoni relatifs à la légitimité du juge constitutionnel aux Etats-Unis se révèlent d'une aide précieuse. Le professeur aixois se propose, en effet, d'opérer une classification des composantes de la légitimité en distinguant la légitimité institutionnelle, la légitimité fonctionnelle et la légitimité sociale du juge constitutionnel³⁷⁷⁸. Or, cette classification peut être transposée, *mutatis mutandis*, au Défenseur des droits.

1558. La légitimité institutionnelle. Selon Guy Scoffoni, la légitimité institutionnelle reposerait, d'une part, sur la composition pluraliste de la juridiction, la désignation des juges et leur indépendance, d'autre part, sur l'absence de « dernier mot » de la juridiction. A l'évidence, le premier volet de cette composante de la légitimité fait quelque peu défaut chez

³⁷⁷⁵ L'influence déterminante du contexte sur la légitimité est très clairement pointée du doigt par Hélène Hatzfeld lorsqu'elle écrit : « [La légitimité] apparaît à la fois comme l'expression d'un imaginaire partagé, fondé sur un univers de référence, donnant sens à des pratiques, à une relation sociale, et comme une construction propre à un contexte. C'est cette association entre une profondeur conférée par un rapport à un temps et un imaginaire de référence, et une conjoncture singulière où ils prennent sens, qui, sans doute, donne à la légitimité son aura et en fait une qualité convoitée » (*Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, op. cit., p. 120).

³⁷⁷⁶ A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, op. cit., p. 77.

³⁷⁷⁷ H. Hatzfeld, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, op. cit., p. 143.

³⁷⁷⁸ G. Scoffoni, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, n° 2, pp. 249-251.

le Défenseur des droits. En revanche, ce dernier, pour se faire accepter des pouvoirs publics notamment, peut s'appuyer sur le fait que, eu égard à l'absence de caractère contraignant de ses prérogatives, il ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'activité des autorités normatives. Par ailleurs, et toujours au titre de la légitimité institutionnelle, le Défenseur des droits gagnerait à se fonder davantage sur le prestige que lui octroie son inscription au cœur du texte constitutionnel.

1559. La légitimité fonctionnelle. Similaire à ce que Pierre Rosanvallon désigne sous l'appellation de « *légitimité-utilité* »³⁷⁷⁹, la légitimité fonctionnelle tient, ainsi que son nom l'indique, à la mission attribuée à l'institution. Compte tenu de la valeur hautement symbolique de sa fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux et de ses différentes ramifications³⁷⁸⁰, le Défenseur des droits a tout intérêt à faire valoir, dans le cadre de son processus de légitimation, cette composante de la légitimité. Et ce d'autant plus que, contrairement aux autorités qu'il vient remplacer, le Défenseur dispose d'une compétence à l'égard de l'ensemble des droits de la personne humaine, ce qui n'est pas sans présenter un certain nombre d'avantages. Le propos appelle toutefois deux remarques.

1560. D'une part, recommander au Défenseur des droits de s'appuyer sur les avantages que présente un système de garantie de type unitaire et plurifonctionnelle en vue de gagner en légitimité ne saurait signifier faire table rase de la protection offerte par les autorités regroupées en son sein. Au contraire, dès lors que « *les institutions nouvelles ne peuvent être faites qu'avec les anciennes* »³⁷⁸¹, le Défenseur des droits, dans le souci « *d'articuler tant la stabilité et le changement que le passé et l'avenir* »³⁷⁸², se doit de s'appuyer sur les avancées rendues possibles par les autorités auxquelles il se substitue en vue d'asseoir sa légitimité.

1561. D'autre part, la seule fonction attribuée au Défenseur des droits, aussi symbolique soit-elle, ne saurait suffire à garantir la légitimation de l'institution. Comme le souligne Pierre Rosanvallon, « *l'idée d'institution purement fonctionnelle n'a en effet aucune consistance pratique. Ce serait croire que le bien, la justice ou l'intérêt général peuvent être aisément incarnés* »³⁷⁸³. L'Histoire offre d'ailleurs de nombreux exemples d'expériences institutionnelles, à l'instar du Conseil des censeurs de Pennsylvanie, mis en place en 1776 et supprimé par la Constitution de 1790 ou, encore, du Tribunal français, prévu par la Constitution de l'an VIII et supprimé en 1807, ayant échoué en raison, notamment, de

³⁷⁷⁹ La « *Légitimité-utilité* », ou « *légitimité expérience* », est définie par Pierre Rosanvallon comme une qualité d'ordre fonction dont bénéficie une entité en raison des contributions pratiques qu'elle peut apporter dans ses domaines d'intervention (*La contre-démocratie, op. cit.*, p. 114).

³⁷⁸⁰ Edwin Matutano, par exemple, considère que l'activité d'accès au droit prise en charge par l'institution « *pourra être de nature à hisser le rôle du Défenseur des droits à un niveau élevé parmi les institutions respectées du public* » (« *Le Défenseur des droits* », *op. cit.*, p. 14).

³⁷⁸¹ P. Fauconnet et M. Mauss, « *La sociologie : objet et méthode* », in M. Mauss, *Essais de sociologie*, Seuil, coll. « *Points. Essais* », 1971, p. 17. Dans un sens similaire, François Ost écrit : « *tout comme personne ne commence le langage à zéro, personne ne commence absolument l'institution. "On n'assiste jamais au commencement de la règle, écrit Paul Ricœur, on ne peut que remonter d'institution en institution"* » (*Le temps du droit, op. cit.*, p. 59).

³⁷⁸² *Ibid.*, p. 36.

³⁷⁸³ P. Rosanvallon, *La contre-démocratie, op. cit.*, p. 306.

« l'incapacité de faire exister une "pure institution", strictement accordée à sa fonction »³⁷⁸⁴. A la remarque formulée par Pierre Rosanvallon s'ajoute, par ailleurs, l'idée, développée par Max Weber, à la suite de Machiavel et Karl Marx, selon laquelle il peut être dangereux de fonder la légitimité sur des valeurs étant donné que celles-ci suscitent des jugements relatifs³⁷⁸⁵.

1562. La légitimité sociale. Cette composante de la légitimité exige de l'institution de prendre en considération les attentes du corps social afin d'être acceptée par une majorité de l'opinion publique. Parfois associée à la protection de lien social³⁷⁸⁶, la légitimité, spécialement dans sa forme contemporaine de réaction à la crise de la représentativité, repose, ainsi, sur des exigences de proximité, de présence et de compassion³⁷⁸⁷. Indiscutablement à la portée de l'ombudsman, de telles exigences supposent, en somme, que le Défenseur des droits soit à l'écoute, non seulement des citoyens, mais également des pouvoirs publics et des autres organes de garantie. Car, comme le soulignent très justement Jacques Lagroye et Michel Offerlé, « rester distancié, voire détaché, des représentations et des intérêts, parfois ténus, qui unissent à une institution ceux qui ont affaire à elle, ce serait se condamner à ne voir qu'une part réduite, et pas forcément primordiale, des dimensions de l'engagement »³⁷⁸⁸.

1563. Susceptible de se développer autour d'un triple fondement institutionnel, fonctionnel et social, la légitimité du Défenseur des droits ne se construira, cependant, que par la pratique. Parce que « la légitimité d'une norme peut être définie comme la relation de conformité entre l'idée de ce que doit être une norme et ce qu'elle est réellement »³⁷⁸⁹, la meilleure façon d'acquiescer une certaine légitimité demeure effectivement les actes. C'est là le lot de chaque institution nouvelle qui, pour s'imposer, doit remplir convenablement les missions qui lui sont assignées afin de justifier son existence et faire la preuve de son efficacité³⁷⁹⁰. En somme, pour ce qui est du Défenseur des droits, participer activement au renforcement de la défense des droits fondamentaux, ce que les premiers mois d'activité de l'institution semblent augurer.

1564. Préalable indispensable à l'émergence d'une culture de la protection non juridictionnelle de type unitaire et plurifonctionnelle en France, l'appropriation du Défenseur des droits par les bénéficiaires des droits fondamentaux, les membres de l'institution et les autres organes de garantie n'en demeure pas moins une entreprise délicate à mener à bien. Susceptible de rencontrer de vives résistances en raison de la spécificité du processus de création du Défenseur des droits, une telle entreprise ne saurait, en définitive, être rendue

³⁷⁸⁴ *Ibid.*

³⁷⁸⁵ Rapporté par H. Hatzfeld, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, *op. cit.*, p. 76. Dans un sens contraire, Raymond Polin affirme toutefois : « De quelque façon qu'on l'approche, la légitimité se développe toujours au-delà des faits, au-delà des relations humaines simplement physiques, dans la présence d'une valeur » (« Analyse philosophique de l'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, 1967, n° 7, p. 23).

³⁷⁸⁶ En ce sens, v. H. Hatzfeld, *op. cit.*, p. 167.

³⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 218.

³⁷⁸⁸ J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 16.

³⁷⁸⁹ M.-A. Cohendet, « Légitimité, effectivité et validité », *op. cit.*, p. 212.

³⁷⁹⁰ En ce sens, v. not. Y. Poirmeur, « Des raisons de croire et de douter : la légitimité du Conseil constitutionnel pour les parlementaires », *op. cit.*, p. 59.

possible sans un effort de légitimation de la nouvelle institution française. Nécessairement long, un tel effort illustre l'idée selon laquelle l'ancrage culturel de la protection non juridictionnelle dépend dans une importante mesure de son inscription dans la durée. On voit poindre ici le second aspect du processus d'institutionnalisation de la protection non juridictionnelle en France : l'ancrage temporel du Défenseur des droits.

B. L'ancrage temporel

1565. Bien qu'elle occupe une place centrale dans les réflexions humaines, la problématique du temps compte, sans nul doute, parmi les plus difficiles à appréhender. En témoigne la célèbre formule de Saint-Augustin : « *Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais bien ; mais si on me le demande, et que j'entreprenne de l'expliquer, je trouve que je l'ignore* »³⁷⁹¹. Une certitude néanmoins, le temps, si ce n'est dans l'esprit du Chapelier fou, personnage fictif mis en scène par Carroll Lewis dans son roman *Les aventures d'Alice au pays des merveilles*³⁷⁹², n'est jamais figé. Au contraire, insaisissable en lui-même, le temps, cette « *période qui va d'un évènement antérieur à un évènement postérieur* »³⁷⁹³, ne cesse jamais de s'écouler. Surtout, la donnée temporelle est inhérente au droit. En tant qu'outil de direction et de conduite de la vie sociale, laquelle se déroule, par définition, dans le temps³⁷⁹⁴, le droit utilise, en effet, nécessairement la donnée temporelle. A la vérité, il ne l'utiliserait pas qu'il ne serait rien³⁷⁹⁵. Parce que « *les institutions et les normes juridiques demandent du temps et une certaine durée* »³⁷⁹⁶, le droit doit obligatoirement s'appuyer sur le temps pour produire ses effets. Ce dernier permet aux objets juridiques de s'animer, non seulement en influant sur leur valeur et leur efficacité, mais également en orientant leur développement et leur formation³⁷⁹⁷.

1566. C'est pourquoi le Défenseur des droits ne saurait être appréhendé hors du temps, et ce à plus forte raison qu'il s'agit d'une institution émergente qui nécessite une période d'apprentissage pour s'éprouver. Indépendamment du fait que seul le temps permettra de porter un jugement « définitif » sur l'institution nouvellement mise en place, l'ancrage temporel du Défenseur des droits se présente, en effet, comme un facteur d'épanouissement de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux. En outre, il convient de garder à

³⁷⁹¹ Saint-Augustin, *Les Confessions*, Livre XI, Chapitre XIV, *Œuvres I*, in G. Chomienne, *Lire les philosophes*, op. cit., p. 118

³⁷⁹² Occupé à prendre le thé en compagnie du Lièvre du mars et du Loir, le Chapelier fou explique à Alice que s'ils prennent continuellement le thé c'est parce que lorsqu'il tenta de chanter pour la Reine de cœur celle-ci le condamna au motif qu'il était en train de battre le temps. Le Chapelier, qui échappa à la décapitation, en arriva à la conclusion que le temps, puisqu'il avait été battu, s'était fâché et, par conséquent, arrêté, précisément à l'heure du thé. C'est pourquoi le Lièvre de mars, le Loir et lui-même continuent de prendre le thé comme si le temps s'était arrêté (Lewis Carroll, *Les aventures d'Alice au pays des merveilles*, trad. Henri Bué, Macmillan and co., 1972, pp. 98 et ss.).

³⁷⁹³ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 1110.

³⁷⁹⁴ P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in A. Brimo et G. Marty (Dir.), *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Editions A. Pédone, coll. Philosophie comparé du droit et de l'Etat, Paris, 1969, p. 181.

³⁷⁹⁵ En ce sens, M. Hauriou, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », in *Aux sources du droit*, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, p. 195.

³⁷⁹⁶ D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., p. 5.

³⁷⁹⁷ Sur ce point, v. P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », op. cit., p. 194.

l'esprit que l'appropriation du Défenseur des droits par le corps social et, partant, l'ancrage culturel de la garantie non juridictionnelle exige l'écoulement d'un certain temps. Cela étant, et c'est là toute la complexité du processus d'acclimatation du Défenseur des droits au sein du système institutionnel français, l'appropriation de l'institution par le corps social, à l'inverse, conditionne très largement le succès de son ancrage temporel. Ce que le doyen Hauriou résumait de la façon suivante : « *L'institution est une organisation créée par un pouvoir qui dure parce qu'elle contient une idée fondamentale acceptée par la majorité des membres du groupe* »³⁷⁹⁸. En somme, l'adhésion de la société civile et étatique au Défenseur des droits s'avère indispensable afin que celui-ci s'établisse durablement sans pour autant cesser de se transformer³⁷⁹⁹.

1567. Or, c'est précisément autour de ce mouvement dialectique de changement dans la stabilité qu'il convient d'appréhender le processus d'ancrage temporel de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux. A savoir que le Défenseur des droits doit s'efforcer d'inscrire son action dans la durée en vue d'acquérir une certaine pérennité (1), pérennité nécessaire à la construction dans le temps de cette forme de garantie (2). Car, à la vérité, la durée ne saurait se confondre avec l'immobilité. Loin de figer l'institution, la continuité suppose, au contraire, le mouvement³⁸⁰⁰. Ainsi que le souligne le professeur Pierre Hébraud, en référence à la pensée du doyen Hauriou, « *la théorie de l'institution apporte [...] une coloration particulière à l'élément temporel qui y est incorporé. Il ne s'agit pas d'une durée brute, semblable à celle d'une chose inerte, mais d'une durée orientée par une idée directrice, à la manière de la courbe d'une trajectoire. Nous rencontrons ainsi cet autre élément essentiel de l'Institution qu'est l'idée de l'œuvre à entreprendre [...]* »³⁸⁰¹. Aussi le temps doit-il s'entendre, ici, comme un temps « *métamorphique* »³⁸⁰², c'est-à-dire un temps dialectique qui se transforme sans pour autant disparaître, qui progresse sans se renier et, ce faisant, trouve un juste équilibre entre stabilité et changement³⁸⁰³.

1. L'inscription de l'institution dans la durée

1568. Hérité de la sociologie durkheimienne³⁸⁰⁴, le rôle de la durée au sein du processus d'institutionnalisation se présente comme la pierre angulaire de la théorie de l'institution développée par le doyen Hauriou. Formes sociales dotées d'une certaine stabilité dans le temps, les institutions se déploient, en effet, selon le maître de Toulouse « *dans la durée comme une vie : elles naissent, se développent et meurent* »³⁸⁰⁵. Elles consistent dans la réalisation d'une idée d'œuvre ou d'une entreprise qui dure juridiquement dans un milieu social³⁸⁰⁶, de sorte que, en définitive, la durée prend corps dans l'institution pour en devenir

³⁷⁹⁸ Cité par A. Brimo, « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 157.

³⁷⁹⁹ En ce sens, v. F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 197.

³⁸⁰⁰ P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 201.

³⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 200.

³⁸⁰² F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 163.

³⁸⁰³ *Ibid.*

³⁸⁰⁴ En ce sens, v. V. Tournay, *Sociologie des institutions*, *op. cit.*, p. 11.

³⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

³⁸⁰⁶ Sur ce point, v. P. Hébraud, *op. cit.*, p. 196.

un élément substantiel³⁸⁰⁷. Inhérent à la notion d'institution, la durée se présente, ainsi, comme un élément de définition à part entière de l'institutionnalisation³⁸⁰⁸. Et pour cause ! A défaut d'inscription dans la durée, l'institution court le risque d'une perpétuelle remise en cause synonyme d'entrave à la réalisation de son office. De nature à garantir la continuité de l'institution, l'inscription dans la durée favorise sa pérennisation et, par là-même, l'effectivité de la mission dont elle a la charge.

1569. Evidemment, le propos se doit d'être nuancé s'agissant du Défenseur des droits. Consacré à l'échelle constitutionnelle, ce dernier ne saurait être supprimé ou voir ses caractéristiques essentielles supprimées sans une révision de la norme suprême. Toutefois, même inscrit au sein de la loi fondamentale, le Défenseur des droits ne saurait être d'ores et déjà considéré comme une structure acquise. En revanche, nul doute que la constitutionnalisation facilite la réalisation d'une telle exigence³⁸⁰⁹. En ce sens que la pérennisation de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux qui en résulte devrait offrir au Défenseur des droits une stabilité suffisante pour garantir son enracinement au sein du paysage institutionnel français. Considérée par Julien Meimon comme l'une des dimensions les plus importantes de l'institutionnalisation³⁸¹⁰, l'inscription dans l'ordre institutionnel n'en demeure pas moins une entreprise délicate. Et ce d'autant plus que la durée envisagée est une « *durée de paix* »³⁸¹¹, postulant que l'institution se maintienne sans faire appel à la contrainte ou provoquer de troubles³⁸¹².

1570. En réalité, l'inscription du Défenseur des droits dans la durée ne saurait se concevoir indépendamment de son appropriation. « *La culture présente la face pérenne et stable de l'institution* »³⁸¹³ écrit Emilie Biland. Parce que « *le meilleur des textes au regard de l'esprit qui l'a conçu n'a pas d'avenir ni de chance de durer s'il n'est pas reçu par l'opinion et ne répond pas à ce qu'elle attend* »³⁸¹⁴, l'appropriation du Défenseur des droits par les français se présente, en effet, comme un élément déterminant du processus de pérennisation de l'institution. Le succès d'un tel processus exigeant des manifestations, à échéances régulières, de communion de la part des acteurs avec lesquels l'institution entend interagir³⁸¹⁵. Partant, les résistances potentielles à l'appropriation du Défenseur des droits, en même temps qu'elles constituent un obstacle à son ancrage culturel, emportent le risque d'entraver son inscription dans la durée. D'où l'intérêt, une fois de plus, de procéder à un effort de légitimation du Défenseur des droits. A défaut d'une légitimité suffisante, les acteurs juridiques risquent de se détourner de cette forme de garantie dont l'enracinement au sein du paysage institutionnel se

³⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 199.

³⁸⁰⁸ Dans un sens similaire au doyen Hauriou, Santi Romano définit l'institution comme « *une unité stable et permanente qui ne perd pas nécessairement son identité à la suite de la mutation intervenue dans tel ou tel de ses éléments ; elle peut se renouveler tout en conservant inchangée son individualité propre* » (*L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1976, p. 28).

³⁸⁰⁹ En ce sens, v. O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 408.

³⁸¹⁰ J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, p. 107.

³⁸¹¹ P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 205.

³⁸¹² *Ibid.*

³⁸¹³ E. Biland, « Les cultures d'institution », *op. cit.*, p. 179.

³⁸¹⁴ R. Rémond, « Les Français et leur Constitution », *op. cit.*, p. 23.

³⁸¹⁵ Sur ce point, v. V. Tournay, *Sociologie des institutions*, *op. cit.*, p. 33.

trouvera, par conséquent, mis à mal. Sans compter qu'une institution, même lorsqu'elle semble objectivée, ne perdure, en réalité, « *qu'à travers la mobilisation d'un ensemble d'acteurs sociaux, qu'ils se soumettent à ses prescriptions ou qu'ils s'érigent en gardien de l'orthodoxie et de l'orthopraxie* »³⁸¹⁶.

1571. Le succès de l'ancrage temporel du Défenseur des droits ne saurait cependant se limiter à la seule appropriation de l'institution. Les institutions acquièrent, par exemple, consistance et durée dans la création de modes d'action, de conduites typiques, de routines, bref de *scenarii* pratiques de résolution des problèmes³⁸¹⁷. Par ailleurs, la personnification de l'institution, c'est-à-dire l'incarnation du Défenseur des droits par son représentant, est également en mesure de contribuer à son inscription dans la durée. Comme le fait remarquer le doyen Hauriou, « [...] *l'Institution incorporée et personnifiée assure sa propre durée et sa propre continuité, car, sans doute, l'incorporation et la personnification sont pour obtenir ces résultats* »³⁸¹⁸. En outre, et pour finir, d'aucuns ont démontré le rôle fondamental de la communication dans le cadre du processus de pérennisation de l'ombudsman. Elle permet à l'institution d'affirmer son caractère unique auprès des organes qui peuvent décider de prolonger ou d'arrêter son existence, en l'occurrence le constituant s'agissant du Défenseur des droits³⁸¹⁹.

1572. Conditionnant l'ancrage de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux au sein du paysage institutionnel français de garantie, l'inscription du Défenseur des droits dans la durée ne conduit pas pour autant à figer l'institution nouvellement mise en place dans un schéma indépassable. En partie maîtrisé, l'avenir n'en demeure pas moins créateur et ouvert³⁸²⁰. Dans la mesure où les dynamiques de changement et de stabilité se distinguent en raison d'une intrication permanente³⁸²¹, la pérennisation du Défenseur des droits, loin d'impliquer sa reproduction à l'identique³⁸²², contribue, au contraire, à faciliter la construction dans le temps de cette forme de garantie des droits de la personne humaine.

2. La construction de l'institution dans la durée

1573. Ainsi que le rappellent Jacques Lagroye et Michel Offerlé, la création d'une institution ne se limite aucunement à l'acte daté de codification juridique qui l'officialise³⁸²³. Parce que l'institutionnalisation est un processus continu qui ne saurait se confondre avec la naissance

³⁸¹⁶ F. Desage et B. Sibille, « L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », *op. cit.*, p. 175.

³⁸¹⁷ En ce sens, v. J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, p. 117.

³⁸¹⁸ Rapporté par A. Brimo, « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », *op. cit.*, p. 158.

³⁸¹⁹ A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 297.

³⁸²⁰ F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 170.

³⁸²¹ En ce sens, v. F. Desage et B. Sibille, « L'emprise de l'institué. Force et aléa du régime de "consensus" à la Communauté urbaine de Lille », *op. cit.*, p. 175.

³⁸²² Sur ce point, v. J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », *op. cit.*, p. 18.

³⁸²³ *Ibid.*

de la structure mise en place³⁸²⁴, moment fondateur au demeurant insaisissable³⁸²⁵, l'institué est l'objet d'une construction permanente. Il s'ensuit que les institutions, outre qu'elles échappent parfois aux intentions de leurs créateurs pour mener leur propre vie³⁸²⁶, se transforment et changent sans cesse³⁸²⁷, notamment au contact des différents acteurs qui interagissent avec elles³⁸²⁸. Le Défenseur des droits n'échappe évidemment pas à la règle. Après un peu moins de deux années d'activité, celui-ci demeure au stade d'institution émergente et, par conséquent, se trouve porteur d'un certain nombre d'interrogations. Bien que juridiquement consacré, le Défenseur reste, en effet, une promesse à l'épreuve du temps dont le processus de création est loin d'être achevé³⁸²⁹. De sorte que, « *loin des certitudes, l'heure est certainement au doute, soit à la suspension de tout jugement définitif en attendant de voir comment s'animera effectivement cette institution* »³⁸³⁰.

1574. A ce titre, l'action du Défenseur devra nécessairement s'inscrire dans la durée dans la mesure où, conformément à « *l'idée bergsonienne de la création continue du temps, dans son mouvement irréversible, par la production constante du nouveau* »³⁸³¹, le temps est propice aux actes créateurs. Il aide le juriste à construire³⁸³² et se présente comme le vecteur du droit et de son développement progressif³⁸³³. Dominique Baudis lui-même semble d'ailleurs avoir parfaitement conscience du rôle déterminant du temps dans la construction du Défenseur des droits. A travers le rapport annuel d'activité de l'institution pour 2011, il écrit en effet : « *Le Défenseur des droits doit agir avec discernement, ce qui suppose le temps de l'analyse et de l'évaluation. Ce temps nécessaire n'est pas celui de l'indifférence, mais celui de la garantie d'une intervention pertinente. L'un des enjeux à venir consiste à construire ce rôle de tiers de confiance, sachant se tenir à équidistance des parties, au moins le temps de mener sereinement ses investigations* »³⁸³⁴. Surtout, le temps devrait permettre au Défenseur des droits d'entreprendre une construction progressive de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux. Car, à la vérité, le maintien prolongé d'une institution ne présente d'intérêt que s'il laisse présumer de son amélioration³⁸³⁵. Il convient cependant de constater

³⁸²⁴ *Ibid.*

³⁸²⁵ François Ost écrit en ce sens : « *Il faut voir en effet que le moment fondateur est, littéralement, inassignable, radicalement indisponible ; chaque fois qu'on croit pouvoir le saisir, il se dérobe en abîme, renvoyant à un passé plus lointain que le passé ; croit-on cependant pouvoir l'identifier, au terme de cette régression vers l'ancien, voilà qu'il se projette en avant, n'offrant de réalité que dans l'anticipation de sa future réalisation ; et lorsque celle-ci enfin se produit, on s'aperçoit alors, rétrospectivement pourrait-on dire, qu'il était toujours déjà là et n'avait cessé d'opérer dans les coulisses de l'histoire* » (F. Ost, *Le temps du droit*, op. cit., p. 57).

³⁸²⁶ En ce sens, v. not. Ph. Bezes et P. le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », op. cit., p. 69.

³⁸²⁷ Ainsi que le souligne le professeur Jacques Chevallier, « *l'institution n'est donc pas une "totalité" achevée, cohérente et stable, mais une "totalisation" tournante et perpétuellement en cours : ce n'est pas une "chose", mais une "pratique". On ne peut la saisir telle qu'en elle-même, dans son être, son essence ; elle n'existe que dans ce mouvement continu et tournoyant de déconstruction/reconstruction des formes sociales ; elle "est" en se faisant et se défaisant sans cesse* » (« L'analyse institutionnelle », in *Eléments d'analyse politique*, P.U.F., Paris, 1985, p. 184).

³⁸²⁸ Sur cette question, v. J. Lagroye et M. Offerlé, « Pour une sociologie des institutions », op. cit., p. 17

³⁸²⁹ En ce sens, v. O. Renaudie, « La genèse complexe du Défenseur des droits », op. cit., p. 408.

³⁸³⁰ F. Aumond, « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », op. cit., p. 924.

³⁸³¹ P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », op. cit., p. 182.

³⁸³² D. Gutmann, « Temps », in D. Alland et S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1470.

³⁸³³ A. Brimo, « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », op. cit., p. 158.

³⁸³⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, op. cit., p. 21.

³⁸³⁵ En ce sens, v. P. Hébraud, op. cit., p. 205.

qu'un tel processus de construction du Défenseur des droits dans la durée, nécessairement long (a), se révèle profondément aléatoire dans ses effets (b).

a. Un processus nécessairement long

1575. En dépit d'une unité apparente, le temps, tel que l'a démontré Bergson dans *L'évolution créatrice*, diffère sensiblement selon la matière considérée, si bien qu'il existe un temps spécifique pour chaque objet de recherche considéré³⁸³⁶. Or, le droit, compte tenu de sa propension au conservatisme, a tendance à se mouvoir dans un temps relativement lent. Au point que certains auteurs considèrent que lorsqu'il est question de l'Etat et du droit, réalités structurelles généralement lentes à se mettre en place, le passé a toujours son mot à dire³⁸³⁷. Certes, le phénomène d'accélération de l'Histoire, pointé du doigt par Daniel Haléry dès 1948³⁸³⁸, influe inévitablement sur la matière juridique. Mais s'il évolue sensiblement plus vite qu'autrefois, le droit le fait sans précipitation³⁸³⁹ et, *a fortiori*, sans ruptures radicales avec le passé³⁸⁴⁰. Soucieux des transitions, il ne cède jamais aux surgissements instantanés, pas plus, d'ailleurs, qu'aux résolutions permanentes³⁸⁴¹. Ce faisant, les institutions étatiques, bien que soumises au changement, opposent d'importantes résistances à l'évolution. « *Le mouvement qui résulte de ce conflit paraît lent et uniforme, plus encore qualitativement, en quelque sorte, que quantitativement* »³⁸⁴². Et le juriste lui-même entretient cette lenteur. « *Attaché aux institutions pour le jeu desquelles il a été formé, auxquelles, parfois, il préside, vers lesquelles, en tout cas, s'orientent son esprit et sa pratique, il n'imagine pas, sans appréhension, pouvoir vivre et travailler sous des institutions différentes* »³⁸⁴³.

1576. Ainsi, le droit tend à se mouvoir dans un temps en retard sur lui-même, lequel, s'il actualise l'avenir dans le présent, ne permet pas pour autant de le rendre effectif dans la mesure où, on l'a vu, son écoulement se fait trop longtemps attendre³⁸⁴⁴. Dans ces conditions, l'entreprise de construction de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux ne peut se faire que dans la durée. Nécessaire à la maîtrise des rouages et des subtilités de cette nouvelle forme de garantie, le temps présente l'avantage de préserver des effets pervers de la précipitation et, à ce titre, favorise l'émergence d'une protection non juridictionnelle de qualité. Car, ainsi que le fait remarquer François Ost, « *le temps hybride avec lequel le droit a appris à ruser : à la fois mobile et stabilisé, désinstitutionnant et institutionnant, institutionnant et institué* »³⁸⁴⁵ permet de « *donne[r] du relief et de la profondeur à l'action* »³⁸⁴⁶. Plutôt que de précipiter son projet dans le hors-temps de l'utopie, mieux vaut l'inscrire dans le temps³⁸⁴⁷, et

³⁸³⁶ Rapporté par A. Brimo, *op. cit.*, p. 147.

³⁸³⁷ *Ibid.*

³⁸³⁸ D. Haléry, *Essai sur l'accélération de l'Histoire*, Îles d'or, Paris, 1948.

³⁸³⁹ En ce sens, v. R. Savatier, « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *D.*, 1951, p. 29.

³⁸⁴⁰ En ce sens, v. F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 184.

³⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 164.

³⁸⁴² P. Hébraud, « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 192.

³⁸⁴³ R. Savatier, *op. cit.*, p. 31.

³⁸⁴⁴ G. Gurvitch, « La multiplicité des temps sociaux », *op. cit.*, p. 342.

³⁸⁴⁵ F. Ost, *op. cit.*, p. 164.

³⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 165.

³⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 162.

ce d'autant plus lorsque les droits fondamentaux sont en jeu. Dans le cas contraire, toute tentative de construction encourt le risque de « *se dissoudre[e] dans le "temps explosif" des créations sans lendemain* »³⁸⁴⁸. Cela étant, si le Défenseur des droits a effectivement peu à gagner à s'émanciper trop vite, le danger, à trop prendre son temps, est que la protection proposée ne réponde pas aux attentes de la société. Lorsqu'elles se font trop longtemps attendre, les idées nouvelles, comme le souligne Georges Gurvitch, ne sont plus toujours de leur temps. On est toutefois en droit d'espérer que la souplesse et l'informalité qui caractérisent la protection offerte par Défenseur des droits permettront à celui-ci de faire preuve d'une réactivité suffisante pour rester au contact des réalités sociales. Quoi qu'il en soit, le résultat d'une telle entreprise de construction dans la durée n'en demeure pas moins incertain.

b. Un processus nécessairement aléatoire

1577. Influencés par des facteurs divers et variés, les processus d'institutionnalisation ne présentent, par définition, rien de linéaire. Indépendamment du fait que les transformations que connaissent les institutions ne correspondent pas toujours aux objectifs initiaux³⁸⁴⁹, leur trajectoire ne peut jamais véritablement être déterminée d'avance. Le constat n'est toutefois pas propre aux institutions. « *Demain est une puissance cachée* » écrivait Paul Valéry³⁸⁵⁰. Dans la mesure où toute anticipation encourt le risque d'être démentie par les évolutions ultérieures³⁸⁵¹, la prospective, bien qu'elle se présente comme une préoccupation constante de la doctrine³⁸⁵², constitue, en effet, une entreprise hasardeuse. L'aphorisme est d'ailleurs connu : « *il est dangereux de faire des prévisions, surtout lorsqu'elles concernent l'avenir* ». Dans ces conditions, tenter de découvrir ce qu'il adviendra ou ce qu'il pourrait advenir de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux dans les années à venir s'avère quelque peu aventureux.

1578. Evidemment, rien n'empêche, face à l'incertitude du lendemain, de se laisser séduire par l'optimisme de Hannah Arendt ou, au contraire, de céder au pessimisme affiché par Thomas Hobbes³⁸⁵³. De même, il est tout à fait envisageable de souscrire à l'analyse de Sébastien Denaja selon laquelle l'introduction du Défenseur des droits au sein du paysage institutionnel français est susceptible de se révéler, à plus ou moins brève échéance, éminemment subversive³⁸⁵⁴. Mais, en toutes hypothèses, les virtualités de la nouvelle institution française n'en demeureront pas moins proprement incalculables. Car, ainsi que l'écrit le professeur Daniel Gutmann, « *comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ?* »³⁸⁵⁵. L'Histoire constitutionnelle française regorge

³⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 180.

³⁸⁴⁹ En ce sens, v. Ph. Bezes et P. Le Lidec, « Ce que les réformes font aux institutions », *op. cit.*, p. 98.

³⁸⁵⁰ P. Valéry, *Œuvres*, éd. Gallimard-La Pléiade, I, p. 1025.

³⁸⁵¹ B. Oppetit, *Essai sur la codification*, P.U.F., coll. « Droit, éthique et société », 1998, p. 57.

³⁸⁵² N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », *op. cit.*, p. 145.

³⁸⁵³ Sur cette opposition entre Hannah Arendt et Thomas Hobbes, v. spéc. F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, pp. 166-169.

³⁸⁵⁴ S. Denaja, « Le Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 501.

³⁸⁵⁵ D. Gutmann, « Temps », *op. cit.*, p. 1471.

d'exemples de mutations institutionnelles initialement insoupçonnées. La pratique des institutions de la V^e République, notamment, se trouve à l'origine d'importantes distorsions avec le texte constitutionnel difficilement envisageables en 1958³⁸⁵⁶. Outre l'hypertrophie des pouvoirs présidentiels et la dénaturation du régime parlementaire prévu par les rédacteurs de la Constitution, on en veut pour preuve la montée en puissance du Conseil constitutionnel. Rendue possible grâce à la conjonction de deux facteurs que sont la décision de 1971 et la révision constitutionnelle de 1974, une telle montée en puissance « *dépass[e] de beaucoup les prédictions les plus audacieuses que ses inventeurs auraient pu hasarder* »³⁸⁵⁷. En 1958, personne n'aurait, en effet, imaginé que le Conseil constitutionnel deviendrait un des mécanismes les plus fondamentaux de l'Etat de droit³⁸⁵⁸. Or, si l'on peut espérer que le Défenseur des droits connaisse un succès équivalent, toute tentative d'anticipation de ce que sera la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux dans les années à venir semble, sinon vouée à l'échec, quelque peu délicate. Surtout, une telle entreprise ne présente guère d'intérêt dans la mesure où, « *à vouloir effeuiller à tous prix les discours et les pratiques censées entourer et précéder les commencements de ce qui deviendra une institution, à vouloir en démasquer les raisons et les cheminements, on peut aboutir à vider celle-ci de ce qui l'a fait exister : "le hasard de la lutte" selon les mots de M. Foucault* »³⁸⁵⁹. Aussi l'incertitude de l'avenir serait une chance à valoriser davantage qu'un danger contre lequel se prémunir³⁸⁶⁰.

1579. En revanche, il ne fait aucun doute que les choix opérés par les premiers titulaires de la fonction de Défenseur auront des effets durables sur l'orientation de l'institution et, de manière plus générale, sur la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux³⁸⁶¹. En effet, d'aucuns ont pu démontrer que les premières années d'activité d'une institution déterminent dans une importante mesure son itinéraire futur³⁸⁶². Rien de très surprenant toutefois ! Dès lors que tout ou presque semble à inventer lors de la mise en place d'une nouvelle institution, les premiers pas de la structure émergente sont généralement propices à la réalisation de choix fondateurs dont celle-ci ne saurait véritablement se défaire par la suite. Or, il va sans dire que s'agissant du Défenseur des droits de tels choix seront essentiellement le fait du représentant de l'institution. En ce sens que, si, à l'instar des deux corps du Roi,

³⁸⁵⁶ Sur cette question, v. par ex. : B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 394 et ss. ; C. Nicolet, « Constitutions et citoyens », *op. cit.*, p. 103.

³⁸⁵⁷ Ph. Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, *op. cit.*, p. 731.

³⁸⁵⁸ J. Robert, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 883.

³⁸⁵⁹ S. Gillet, *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, *op. cit.*, p. 28.

³⁸⁶⁰ En ce sens, v. en part. F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 256.

³⁸⁶¹ Sur cette question, v. not. : P. Chrétien, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *op. cit.*, pp. 1282 et 1289 ; E. Matutano, « Défenseur des droits », *op. cit.*, p. 3 ; A. Revillard, P.-Y. Baudot, V.-A. Chappe, Th. Ribémont, *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, *op. cit.*, p. 33.

³⁸⁶² C'est, par exemple, le cas du professeur Philippe Ardant lorsqu'il affirme : « *Les institutions, comme les hommes, sont marqués par leur enfance, par leurs premiers pas, les attentes de leurs auteurs* » (« Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », *op. cit.*, p. 746).

l'institution du Défenseur ne saurait se confondre avec son représentant³⁸⁶³, il n'est pas sans savoir que, d'une part, c'est essentiellement par le dedans et à travers ceux qui l'incarnent que les institutions juridiques se transforment³⁸⁶⁴ et, d'autre part, le Défenseur des droits se distingue en raison d'une très forte personnalisation de la fonction. Par conséquent, la nouvelle institution sera dans une importante mesure ce que les premiers titulaires de la fonction en feront. Car, « *une fois qu'un chemin est pris, il est difficile d'en changer, [...] les processus politiques, qui s'institutionnalisent et se renforcent avec le temps, empêch[ant] tout changement radical* »³⁸⁶⁵.

1580. Conclusion du Chapitre 2 et du Titre II. Bien qu'il favorise l'émergence d'un système institutionnel de garantie des droits et libertés complet, l'ombudsman spécialisé n'en demeure pas moins affecté d'insuffisances diverses et variées.

1581. Pour certaines communes aux modèles ibérique et français, pour d'autres propres à chaque modèle considéré, de telles insuffisances ne sauraient, dans cette dernière hypothèse, être placées sur le même plan. En ce sens que les carences spécifiques au Défenseur français, qu'il s'agisse du déficit de relations avec le Parlement, de l'absence de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle ou, encore, du nécessaire ancrage de l'institution au sein du paysage institutionnel, se révèlent nettement plus préjudiciables à l'effectivité de sa fonction de défense des droits fondamentaux que celles propres au *Provedor* portugais et au Défenseur espagnol. En somme, les insuffisances spécifiques au *Provedor de Justiça* et au Défenseur du Peuple appellent un aménagement souhaitable du modèle ibérique de l'ombudsman spécialisé, tandis que les lacunes spécifiques au Défenseur des droits commandent, pour leur part, une amélioration indispensable du modèle français.

1582. Quoi qu'il en soit, les imperfections affectant l'ombudsman spécialisé, si elles ne sauraient remettre en cause les avancées rendues possibles dans le domaine des droits fondamentaux par cette forme de protection non juridictionnelle, emportent toutefois le risque de desservir sur certains points l'effectivité de sa fonction privilégiée de défense des droits et libertés. Aussi de telles insuffisances, de nature à étayer la thèse selon laquelle l'*human rights ombudsman* ne saurait combler l'ensemble des lacunes affectant les traditionnelles voies de contrôle, gagneraient-elles à être corrigées afin que l'action des *ombudsmen* ibériques et, surtout, français gagne en efficacité.

³⁸⁶³ La remarque vaut d'ailleurs pour toute institution juridique. Ainsi que l'écrivait le doyen Hauriou, l'institution est « *une organisation juridique qui mérite le nom d'individualité objective, à l'intérieur de laquelle peut se développer une personnalité subjective mais qui n'est pas confondue avec celle-ci* » (« L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906, p. 135).

³⁸⁶⁴ Sur ce point, v. : J. Meimon, « Sur le fil. La naissance d'une institution », *op. cit.*, pp. 106-107 ; R. Savatier, « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *op. cit.*, p. 29.

³⁸⁶⁵ B. Palier, « De la crise aux réformes de l'Etat-providence : Le cas français en perspective comparée », *Revue française de sociologie*, 2002, n° 43, pp. 244-245.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1583. De nature à confirmer le caractère indispensable de la protection offerte par l'ombudsman spécialisé, l'examen concret de l'action des *ombudsmen* ibériques et français offre à constater que ceux-ci se trouvent à l'origine d'un mouvement de consolidation des droits fondamentaux, au premier rang desquels les droits-sociaux créances et les droits des publics dits fragiles.

1584. Salutaire, un tel mouvement de consolidation des droits et libertés ne saurait pour autant dissimuler le fait que la protection offerte par l'*human rights ombudsman* demeure, en raison des imperfections qui sont les siennes, une protection relative. Commune aux *ombudsmen* ibériques et français, la relativité de cette forme de protection s'exprime néanmoins avec une acuité sensiblement plus importante en France que de l'autre côté des Pyrénées.

1585. Et pour cause ! A la différence du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple, les imperfections propres au Défenseur des droits, en tant qu'elles touchent certaines caractéristiques essentielles du modèle de l'*human rights ombudsman*, se répercutent directement sur l'efficacité de son action. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que le Défenseur des droits ne permettent pas, en l'état actuel du droit positif, des avancées aussi importantes que celles de ses homologues espagnol et portugais et, partant, que le renforcement de la protection des droits fondamentaux auquel procède l'ombudsman spécialisé varie sensiblement selon le système juridique considéré.

1586. En tout état de cause, les insuffisances affectant l'ombudsman spécialisé, en France aussi bien qu'au sein de la péninsule ibérique, attestent, à n'en pas douter, de la perfectibilité de cette forme de protection des droits fondamentaux qui ne saurait être surestimée.

CONCLUSION GENERALE

1587. Apparue à la fin des années 1970 en Espagne et au Portugal en vue de faciliter la transition vers la démocratie à la suite d'une longue période autoritaire, la figure de l'ombudsman spécialisé, désormais réceptionnée par la France à travers l'institution du Défenseur des droits, constitue, sans nul doute, à ce jour, la forme de protection non juridictionnelle la plus aboutie. Spécialement aménagés, de par leur fonction, leur statut et leurs modalités d'intervention, pour assurer la défense des droits fondamentaux, les *ombudsmen* ibériques et français se révèlent, en effet, particulièrement adaptés à certaines exigences des droits de la personne humaine et, ce faisant, se présentent comme une forme de garantie indispensable au sein de nos systèmes juridiques contemporains.

1588. Certes, en France, d'aucuns entrevoient dans l'importation du modèle ibérique de l'ombudsman une inconséquence du mimétisme institutionnel. Procédant d'une rupture du lien qui existait jusqu'à présent entre la spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et la volonté de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit³⁸⁶⁶, le Défenseur des droits s'inscrit effectivement dans un contexte radicalement étranger à celui des transitions démocratiques espagnole et portugaise et, par conséquent, ne saurait véritablement avoir cours en France. En somme, parce que tout n'est pas comparable, et encore moins transposable, le recours à la démarche comparatiste pour justifier de la mise en place du Défenseur des droits comporterait ses propres limites³⁸⁶⁷. Ce n'est d'ailleurs rien d'autre que décrivait Montesquieu lorsqu'il affirmait : « *les lois [...] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles ont été faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* »³⁸⁶⁸.

1589. Teintées de pessimisme, de telles positions doctrinales s'accompagnent, de surcroît, d'un ensemble de critiques adressées au processus même de création du Défenseur des droits. Animée, entre autres, par un souci de rationalisation du système institutionnel non juridictionnel français de garantie des droits et libertés, la création du Défenseur des droits par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, on le sait, se trouve à l'origine du regroupement d'un certain nombre d'autorités administratives indépendantes au sein d'une

³⁸⁶⁶ En ce sens, v. l'annexe I.

³⁸⁶⁷ W. Mastor, « Le "défenseur des droits" : la médiation constitutionnalisée ? », *op. cit.*, p. 120.

³⁸⁶⁸ Ch. de Montesquieu, *L'esprit des lois*, *op. cit.*, Livre I, Chapitre I.

structure unique. Or, une frange non négligeable de la doctrine et du monde politique ont assimilé une telle démarche à une manipulation politique destinée à faire main-basse sur des contre-pouvoirs aux prises de positions parfois gênantes. Sous couvert de renforcer la garantie des droits fondamentaux, le Défenseur des droits se présenterait, en somme, comme un alibi³⁸⁶⁹, un effet d'annonce relevant de la catégorie « *des gadgets politiques* »³⁸⁷⁰.

1590. De telles critiques ne semblent, pourtant, guère fondées dès lors que, d'une part, la protection offerte par un corpus d'autorités indépendantes sectorielles est loin d'être aussi aboutie qu'il n'y paraît et, d'autre part, la raison d'être de l'*human rights ombudsman* ne saurait se limiter à une seule fonction d'organe au service de la transition démocratique. La transition démocratique désormais achevée de l'autre côté des Pyrénées, la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux telle que proposée par l'ombudsman spécialisé trouve, en effet, une justification contemporaine, en France aussi bien que sur la péninsule ibérique, à travers l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie. Si bien que la spécificité du contexte historique de mise en place du *Provedor de Justiça* portugais et du Défenseur du Peuple espagnol ne saurait permettre de conclure à l'inopportunité d'un ombudsman spécialisé en France.

1591. Au contraire, procédant d'une philosophie distincte de la protection offerte par les traditionnelles voies de recours, spécialement juridictionnelles, cette forme de garantie des droits et libertés s'inscrit dans une perspective de complémentarité des mécanismes classiques de contrôle et, à ce titre, favorise l'émergence d'un système institutionnel de protection des droits fondamentaux complet. Disposant d'une compétence privilégiée de défense des droits de la personne humaine, l'ombudsman spécialisé, compte tenu de sa configuration institutionnelle atypique, se propose effectivement, non seulement de pallier un certain nombre de carences affectant les mécanismes classiques de garantie, que sont le juge, le Parlement et les autorités indépendantes sectorielles, mais également de collaborer activement avec de tels organes.

1592. En cela, son action contribue, en pratique, à une consolidation indiscutable des droits fondamentaux, en tête desquels les droits-sociaux créances et les droits des publics dits fragiles. Rien de très surprenant toutefois dès lors que les insuffisances affectant les mécanismes classiques, spécialement juridictionnels, de garantie s'expriment avec une acuité particulière lorsque ces catégories de droits sont en jeu. Outre que les personnes les plus défavorisées sont celles qui rencontrent le plus de difficultés pour saisir le juge, leurs droits les plus essentiels, lorsqu'ils ne demeurent pas au rang de simples déclarations d'intentions, sont ceux qui bénéficient du degré de protection le plus faible. A l'inverse, la protection offerte par l'ombudsman spécialisé se révèle on ne peut plus adaptée aux exigences des droits-sociaux créances et des droits des publics dits fragiles. Se distinguant en raison d'une accessibilité supérieure à celle du juge, l'*human rights ombudsman*, en tant que mode de régulation non autoritaire des conduites, dont les modalités d'intervention reposent sur des

³⁸⁶⁹ Sur ce point, v. A. Gelblat, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, op. cit., p. 77 spéc.

³⁸⁷⁰ J. Faget (Dir.), *Médiation et action publique. La dynamique du fluide*. P.U.B., Pessac, 2005, p. 22.

principes de souplesse, d'informalité et de dialogue, s'autorise à provoquer l'action étatique en incitant les pouvoirs publics à concrétiser les normes de droits-sociaux créances. Ultime voie de recours pour les personnes les plus vulnérables, l'ombudsman spécialisé se propose, en somme, de contribuer à la concrétisation de l'Etat social de droit et, à ce titre, se présente comme un facteur décisif de lutte contre l'exclusion.

1593. En outre, les *ombudsmen* ibériques et français, loin de s'enfermer dans une approche strictement nationale de leur fonction de défense des droits de la personne humaine, s'évertuent à étendre leur magistrature d'influence au-delà des seuls systèmes juridiques nationaux dont ils dépendent en développant une activité de promotion de la protection des droits et libertés à l'échelle internationale. Salulaire à l'heure où le phénomène, toujours plus prononcé, de mondialisation s'opère trop souvent en marge des droits de l'homme, une telle activité, de nature à confirmer la thèse selon laquelle la garantie non juridictionnelle revêt un caractère indispensable, s'exprime à travers un double mouvement de sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux et de collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de garantie des droits fondamentaux. Soucieux de partager son expérience à travers le monde, l'ombudsman spécialisé favorise, ainsi, l'émergence d'un patrimoine commun de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux à l'échelle internationale.

1594. S'inscrivant dans une perspective de complémentarité de la protection offerte par les traditionnelles voies de recours, l'ombudsman spécialisé, en tant qu'il contribue activement à la consolidation des droits fondamentaux se présente, en somme, comme une pièce maîtresse de nos systèmes institutionnels contemporains de garantie.

1595. Certes, aussi indispensable soit-elle, cette forme de garantie des droits fondamentaux demeure, en l'état actuel du droit positif, une protection relative. Outre qu'il ne saurait se substituer aux traditionnelles voies de protection des droits fondamentaux, l'ombudsman spécialisé, non seulement ne permet pas de combler l'ensemble des insuffisances affectant les autres instances de protection, mais, en outre, souffre lui-même d'imperfections de nature à préjudicier à l'effectivité de sa fonction de sauvegarde des droits de la personne humaine.

1596. L'affirmation est particulièrement vraie en France où le Défenseur des droits, en dépit des nombreuses similitudes qu'il partage avec le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple, se présente, sur certains points, comme une pâle réplique du modèle ibérique dont il entend s'inspirer. Conçu comme une copie conforme du Défenseur du Peuple espagnol par le Comité Balladur, le Défenseur des droits, au fur et à mesure de son élaboration, s'est, en effet, peu à peu éloigné de ce modèle de référence. Conséquence immédiate de la différence de contexte de mise en place du Défenseur des droits par rapport à ses homologues espagnol et portugais³⁸⁷¹, la nouvelle institution française accuse, ainsi, un certain nombre de carences institutionnelles que sont, notamment, le déficit de relation avec l'organe parlementaire, intimement lié au mode actuel de nomination de représentant de l'institution, et l'absence de

³⁸⁷¹ Sur ce point, le lecteur pourra utilement se référer à l'annexe 1.

prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction constitutionnelle. Carences auxquelles s'ajoute le risque pour le Défenseur des droits de pâtir d'une certaine fragilité lors de ses premières années d'activité. A l'instar, autrefois, du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple, le Défenseur des droits, en tant qu'institution émergente, ne pourra véritablement remplir son office qu'à la suite d'un processus de pérennisation et d'acceptation par le corps social. Etant entendu que, compte tenu de la spécificité du contexte de mise en place du Défenseur des droits, cette problématique trouve à s'exprimer avec une acuité autrement plus importante en France que de l'autre côté des Pyrénées. En ce sens que la nouvelle institution française, indépendamment du fait que sa substitution au Défenseur des enfants, à la HALDE et à la CNDS n'est pas du goût de tout le monde, ne saurait trouver à bénéficier du prestige de la mission d'acclimatation des droits et libertés prise en charge par le Défenseur du Peuple et le *Provedor de Justiça* à la sortie des dictatures ibériques.

1597. Bref, en l'état actuel du droit positif, le Défenseur des droits, non seulement accuse certaines insuffisances en comparaison à ses homologues ibériques, mais, en outre, laisse en suspend de nombreuses interrogations quant à sa faculté à s'acclimater au sein du paysage institutionnel français. De sorte qu'anticiper sur ce que sera la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en France dans les années à venir constitue une entreprise on ne peut plus délicate.

1598. Cela étant, il convient de constater que les premiers pas de l'institution se révèlent tout à fait rassurant. A l'heure où le Défenseur s'apprête à rendre son deuxième rapport annuel³⁸⁷², un examen concret de ses principales interventions offre l'occasion de constater que celui-ci, d'une part, contribue au renforcement des droits fondamentaux anciennement protégés par les autorités regroupées en son sein, d'autre part, favorise des avancées similaires à celles proposées par le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple. Il s'ensuit que l'apport du Défenseur des droits pour les droits et libertés fondamentaux, à défaut d'être strictement équivalent à celui des *ombudsmen* ibériques, est loin d'être négligeable. C'est pourquoi il est possible de rejoindre Serge Slama lorsqu'il écrit : « *A titre personnel je suis favorable à la création du Défenseur des droits, y compris en absorbant les autres autorités indépendantes. Il est vrai que dans l'immédiat on y voit une opération politique visant à étouffer certaines critiques dérangeantes. Néanmoins d'ici une dizaine d'années on se félicitera de l'existence d'un Défenseur des droits, tirant sa légitimité de la Constitution et bénéficiant d'importants pouvoirs* »³⁸⁷³.

1599. En définitive, le succès de l'ombudsman spécialisé, en France et, surtout, en Espagne et au Portugal, donne à réfléchir quant à la nécessité de confier une compétence de protection des droits fondamentaux aux *ombudsmen* chargés d'une seule fonction de surveillance de l'administration aux fins de la résolution des hypothèses de « maladministration ». Loin d'être purement théorique, la question mérite d'être posée dès lors que la raison d'être de

³⁸⁷² Le rapport d'activité pour l'année 2012 devrait être rendu public en juin 2013.

³⁸⁷³ S. Slama, « Défenseur des droits : des obstacles constitutionnels et conventionnels à l'absorption des autorités indépendantes difficilement surmontables », *C.P.D.H.*, 11 janvier 2011, [en ligne]. Disponible sur [<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>].

l'ombudsman spécialisé, ainsi que le confirme la récente introduction du Défenseur des droits au sein du système institutionnel juridique français, trouve une justification contemporaine à l'aune de l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie des droits et libertés et, par conséquent, ne saurait se limiter à une seule fonction d'organe au service de la transition démocratique. Il convient, d'ailleurs, de rappeler que le *Riksdagens Justitieombudsman* finlandais, régulièrement saisi de réclamations impliquant directement les droits et libertés, s'est vu confier par le constituant, à l'occasion de l'adoption de la nouvelle loi constitutionnelle finlandaise du 1^{er} mars 2000, une compétence officielle en matière de protection des droits fondamentaux³⁸⁷⁴. Peut être faut-il voir là le signe d'une obsolescence du traditionnel modèle scandinave du *Parliamentary ombudsman*.

Pau, le 20 avril 2013

³⁸⁷⁴ Aux termes de l'article 109 de la Constitution finlandaise, le *Riksdagens Justitieombudsman* est chargé, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, de veiller non seulement au respect de la loi par les fonctionnaires et employés du secteur public, mais également au respect des droits fondamentaux (en ce sens, v. *supra*, n° 476).

ANNEXES

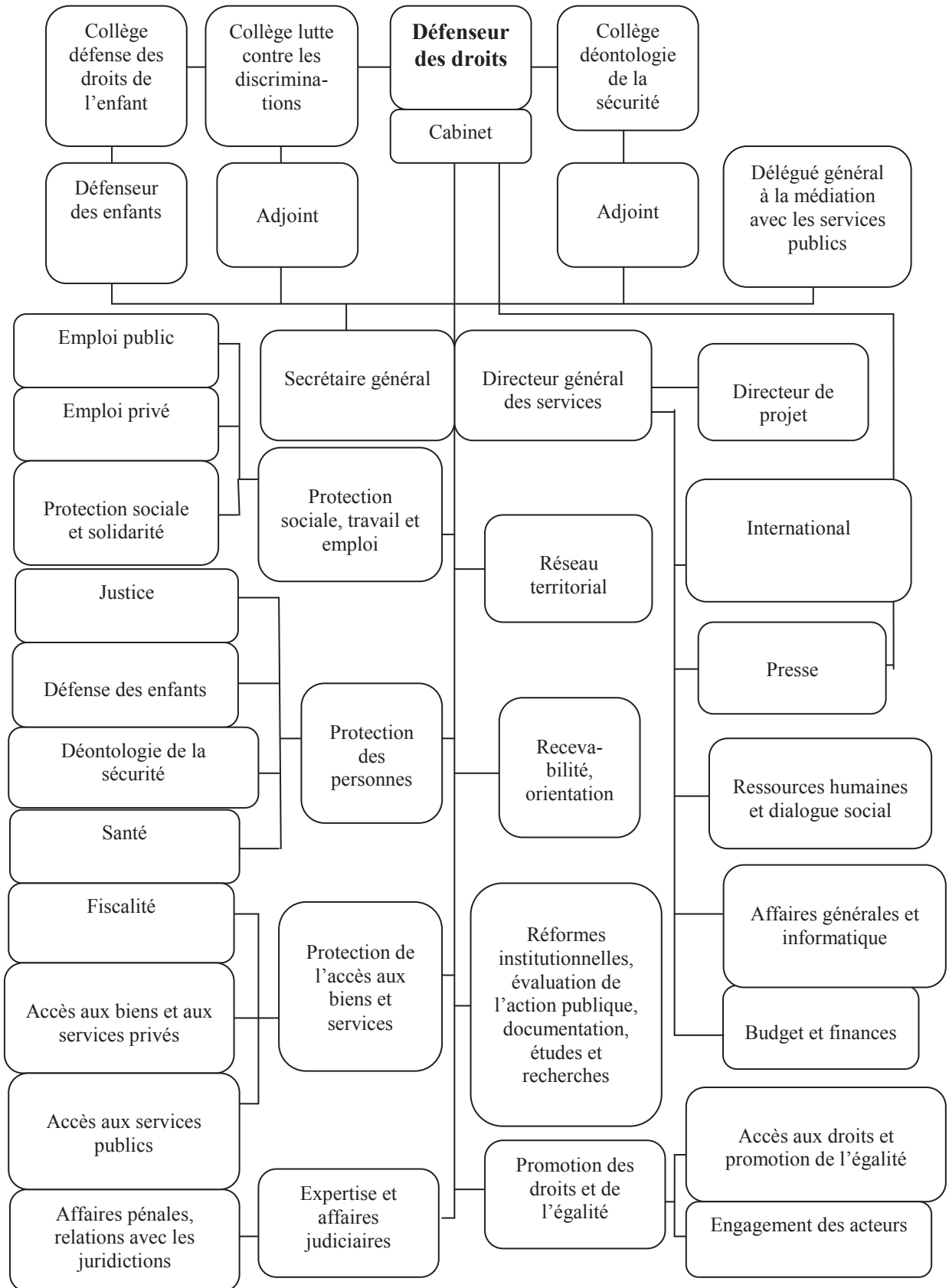
Annexe 1³⁸⁷⁵ - Le lien traditionnel entre spécialisation de l'ombudsman dans la protection des droits fondamentaux et mise en place d'un Etat de droit démocratique³⁸⁷⁶

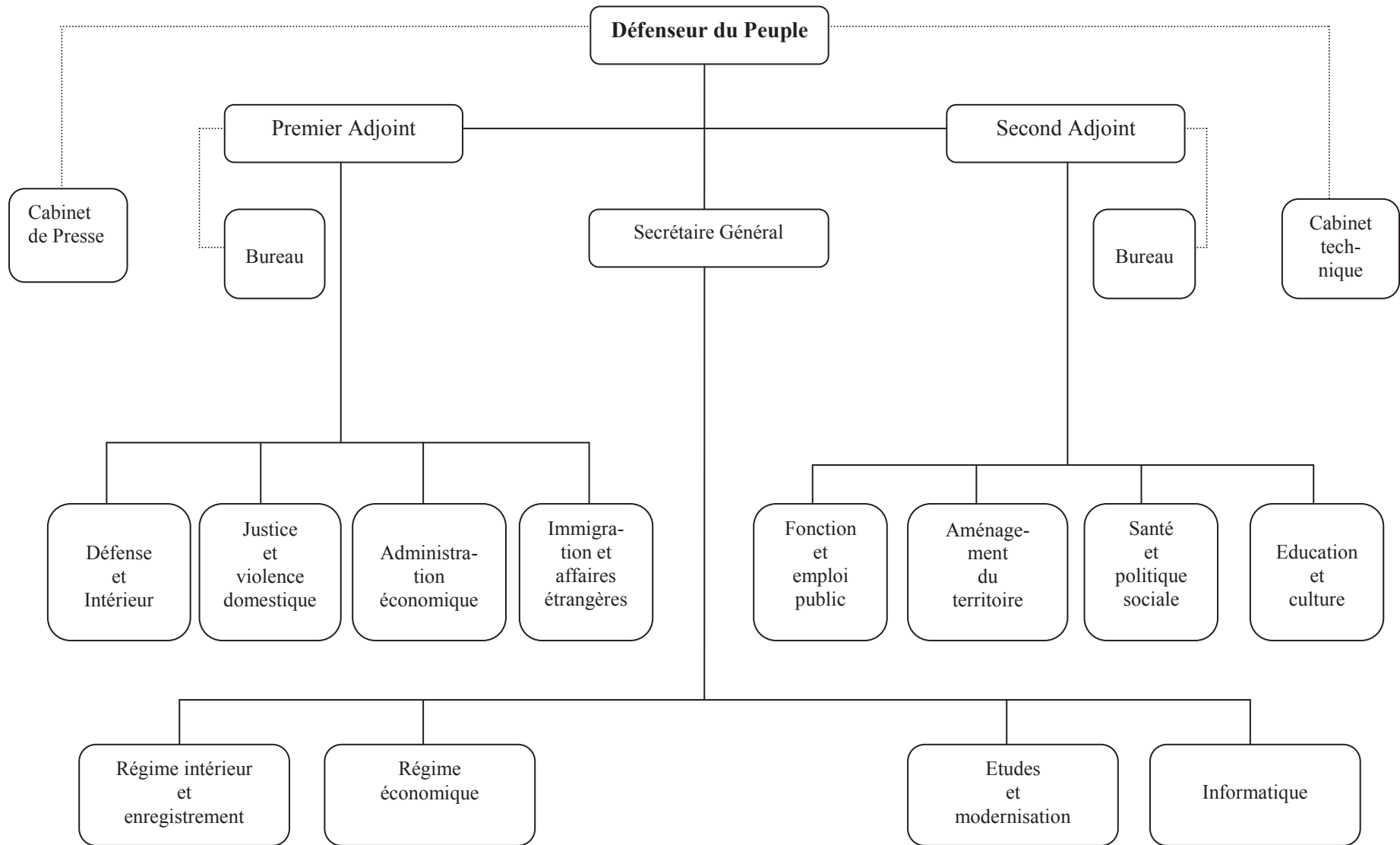
| Continent | Pays | Nom de l'institution | Apparition | Contexte d'apparition |
|-------------------|--------------------|--|------------|--|
| Europe de l'ouest | Portugal | <i>Provedor de Justiça</i> | 1975 | Fin de la dictature salazariste en 1974 – Transition démocratique |
| | Espagne | <i>Defensor del Pueblo</i> | 1978 | Fin de la dictature franquiste en 1976 – Transition démocratique |
| | France | Défenseur des droits | 2008 | Longue tradition démocratique (ininterruption depuis 1875, exception faite du régime de vichy). |
| Amérique latine | Argentine | <i>Defensor del Pueblo</i> | 1993 | Fin de la dictature militaire 1983 |
| | Brésil | <i>Ouvidoria Geral do Estado Régional</i> | 1995 | Fin de la dictature militaire 1985 |
| | Colombie | <i>Defensor del Pueblo</i> | 1991 | Adoption en 1991 d'une nouvelle constitution basée sur l'Etat de droit démocratique et social. |
| | El Salvador | <i>Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos Nacional</i> | 1991 | Fin de l'autoritarisme militaire 1979 – Fin de la guerre civile 1992 |
| | Guatemala | <i>Procurador de los Derechos Humanos</i> | 1985 | Retour progressif de la démocratie à partir de 1984 |
| | Honduras | <i>Comisionado Nacional de los Derechos Humanos Nacional</i> | 1995 | Retour officiel de la démocratie en 1983 – En pratique en 1986. |
| | Nicaragua | <i>Procuraduría para los Derechos Humanos</i> | 1995 | Fin du régime autoritaire Sandiniste en 1990 |
| | Panama | <i>Defensoría del Pueblo</i> | 1997 | Fin de la dictature 1989 – Retour de la démocratie 1990. |
| | Paraguay | <i>Defensoría del Pueblo</i> | 1995 | Retour de la démocratie 1992 |
| Europe de l'est | Albanie | Ombudsman | 2000 | Retour de la démocratie en 1992 – Adoption en 1998 d'une constitution basée sur l'Etat de droit. |
| | Bosnie-Herzégovine | Ombudsman des droits de l'homme | 1995 | Mise en place de l'institution intimement liée à la fin des guerres au sein des Balkans. |
| | Croatie | Ombudsman national | 1993 | |
| | Hongrie | Commissaire parlementaire pour les droits de l'homme | 1993 | Période de transition démocratique |
| | Lettonie | Bureau national des droits de l'homme | 1996 | Période de transition démocratique |
| | Pologne | Protecteur des droits civils | 1987 | Retour de la démocratie en 1989 – adoption de la Constitution en 1997. |

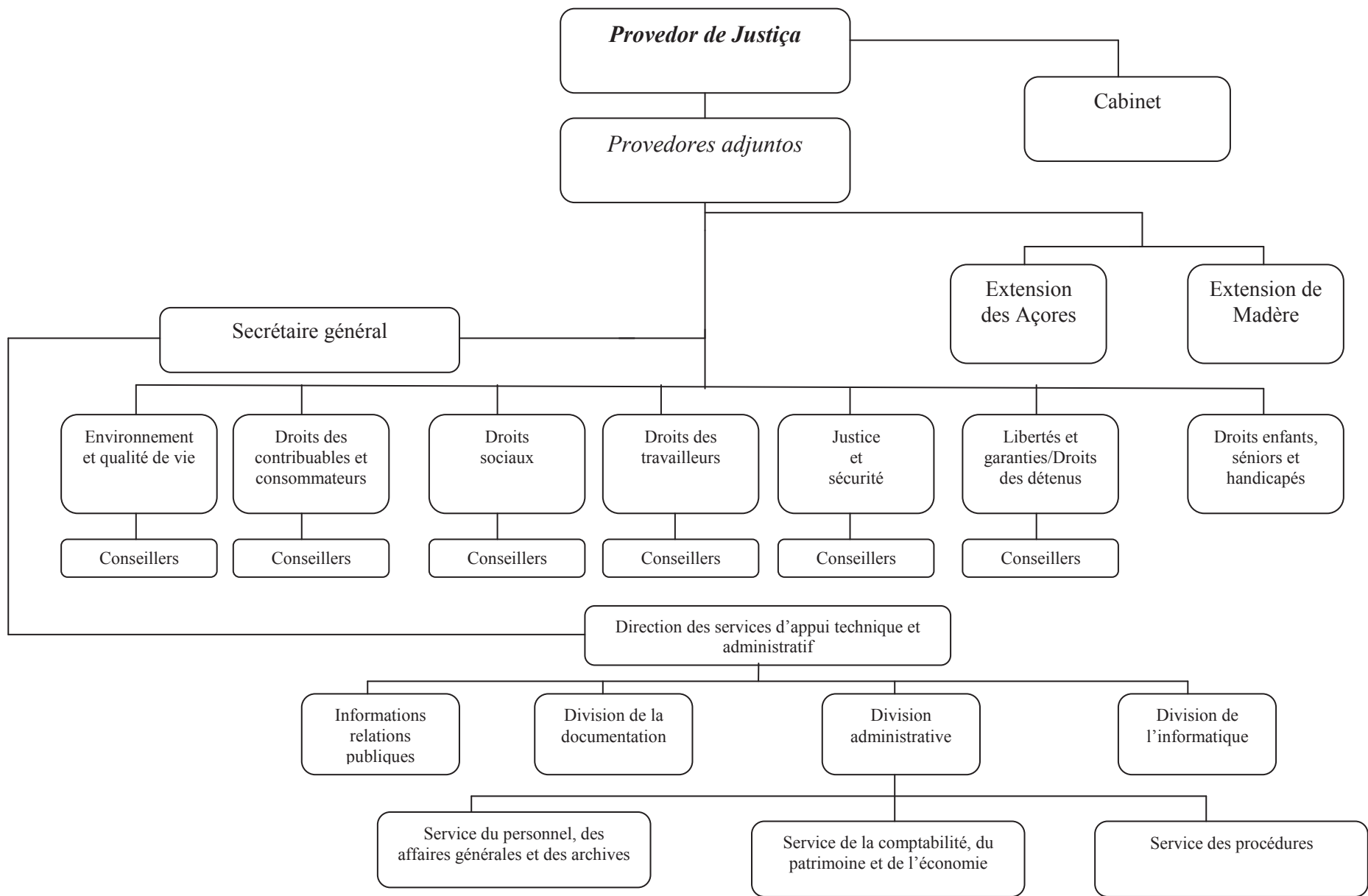
³⁸⁷⁵ Source : élaboration propre.

³⁸⁷⁶ La liste des *human rights ombudsmen* retenue ne prétend à aucune exhaustivité. Elle se veut seulement suffisamment représentative du mouvement de diffusion de l'institution, tant d'un point de vue temporel que géographique, pour rendre compte du lien étroit existant entre sa mise en place et le besoin de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit démocratique à la suite d'une période de dictature ou de crise politique profonde. De même, elle permet de constater que l'introduction du Défenseur des droits en France rompt avec ce schéma traditionnel.

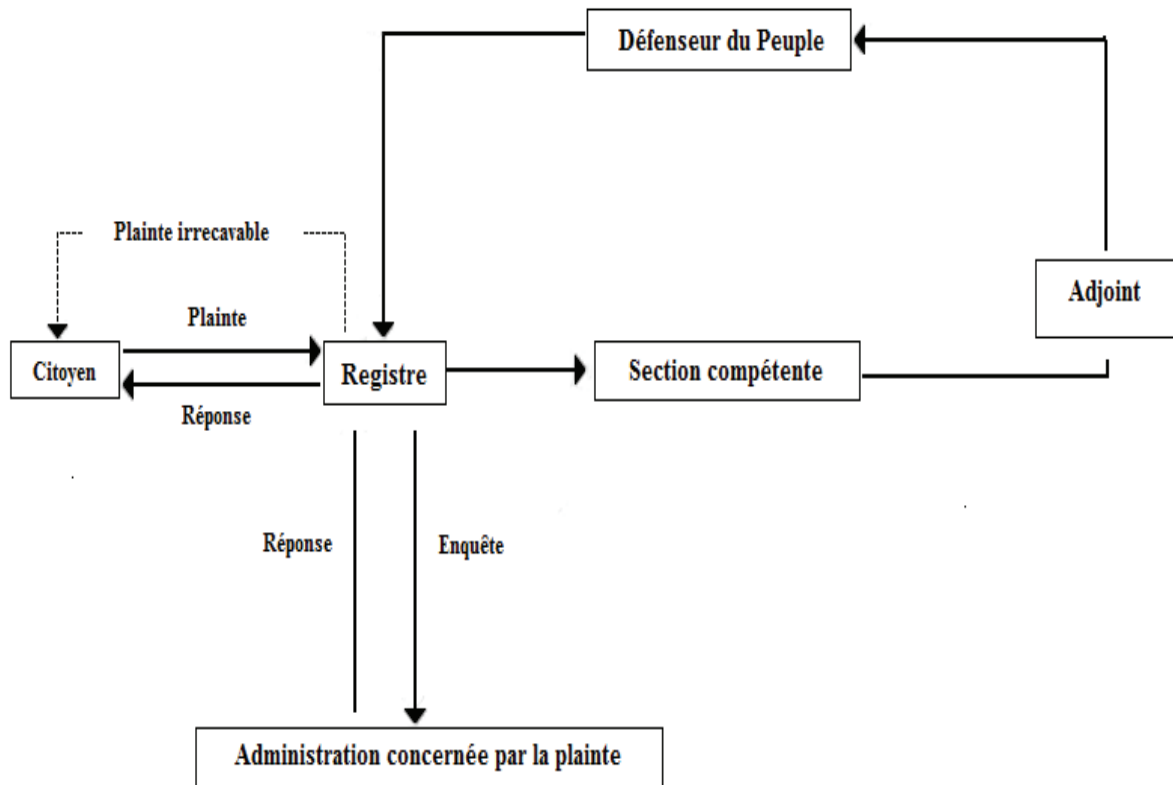
Annexe 2 - Organigrammes
du Défenseur des droits, du Défenseur du Peuple et du *Provedor de Justiça*







Annexe 3³⁸⁷⁷ - Processus de traitement des plaintes émanant du citoyen par le Défenseur du Peuple



³⁸⁷⁷ Source : A. Mora, *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, p. 84.

Annexe 4³⁸⁷⁸ - Tableau comparatif des pouvoirs du Défenseur des droits et des autorités indépendantes de protection des droits fondamentaux qu'il remplace³⁸⁷⁹

| Pouvoirs et attributions | | Défenseur des droits | Médiateur de la République | CNDS | Défenseur des enfants | HALDE |
|---|-----------|---|---|---|---|---|
| Recommandations | En droit | oui | oui | oui | oui | oui |
| | En équité | oui | oui | | oui | |
| Publication d'un rapport spécial après recommandation et injonction non suivie d'effet | | oui, pour l'ensemble de ses recommandations | uniquement en cas d'inexécution d'une décision de justice | oui, mais seulement après une recommandation non suivie d'effet | uniquement en cas d'inexécution d'une décision de justice | oui, pour l'ensemble de ses recommandations |
| Transaction | | oui | | | | oui |
| Présentation d'observations devant les juridictions | | oui | | | | oui |
| Saisine de l'autorité disciplinaire | | oui | en cas de carence, engagement des poursuites disciplinaires | oui | | oui |
| Demande d'avis au Conseil d'Etat pour l'interprétation de dispositions législatives ou réglementaires | | oui | | | | |
| Proposition de modifications législatives ou réglementaires | | oui | oui | oui | oui | oui |
| Rapport annuel d'activité | | oui | oui | oui | oui | oui |

³⁸⁷⁸ Source : tableau inspiré des travaux du Sénateur Patrice Gélard (Rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 44).

³⁸⁷⁹ L'objectif de cette étude comparative est notamment de démontrer dans quelle mesure la mise en place du Défenseur des droits s'est accompagnée d'un nivellement vers le haut des prérogatives des autorités regroupées en son sein. Sachant que dans le souci de préserver l'objectivité de la comparaison, ne sont énumérés ici que les pouvoirs du Défenseur des droits communs à l'ensemble de ses domaines d'intervention.

Annexe 5 - Tableau comparatif des plaintes d'origine citoyenne enregistrées par l'ombudsman spécialisé et des enquêtes d'office réalisées par l'institution³⁸⁸⁰

| Années | <i>Provedor de Justiça</i> | | Défenseur du Peuple | | Défenseur des droits | |
|--------|------------------------------|-------------------|------------------------------|-------------------|------------------------------|-------------------|
| | Plaintes d'origine citoyenne | Enquêtes d'office | Plaintes d'origine citoyenne | Enquêtes d'office | Plaintes d'origine citoyenne | Enquêtes d'office |
| 1976 | 1583 | 12 | | | | |
| 1977 | 1936 | 42 | | | | |
| 1978 | 2635 | 30 | | | | |
| 1979 | 2825 | 46 | | | | |
| 1980 | 2319 | 116 | | | | |
| 1981 | 2571 | 132 | | | | |
| 1982 | 2551 | 140 | | | | |
| 1983 | 2467 | 157 | 30.763 | nc | | |
| 1984 | 2436 | 112 | 24.500 | nc | | |
| 1985 | 2436 | 82 | 16.940 | nc | | |
| 1986 | 3354 | 22 | 13.678 | nc | | |
| 1987 | 3335 | 23 | 12.256 | nc | | |
| 1988 | 3054 | 33 | 13.797 | nc | | |
| 1989 | nc ³⁸⁸¹ | nc | 21.023 | 48 | | |
| 1990 | 3059 | 58 | 23.396 | 38 | | |
| 1991 | 3200 | nc | 25.730 | 63 | | |
| 1992 | 3460 | 67 | 17.505 | 114 | | |
| 1993 | 3457 | 54 | 22.281 | 91 | | |
| 1994 | 3756 | 55 | 18.503 | 91 | | |
| 1995 | 3399 | 28 | 13.060 | 154 | | |
| 1996 | 5767 | 22 | 25.753 | 122 | | |
| 1997 | 5012 | 26 | 18.017 | 121 | | |
| 1998 | 5332 | 30 | 23.964 | 156 | | |
| 1999 | 6640 | 24 | 13.551 | 149 | | |
| 2000 | 5270 | 13 | 26.874 | 121 | | |
| 2001 | 6483 | 19 | 13.186 | 179 | | |
| 2002 | 4166 | 26 | 21.039 | 152 | | |
| 2003 | 14.140 | 25 | 17.389 | 165 | | |
| 2004 | 8045 | 24 | 28.990 | 112 | | |
| 2005 | 6406 | 12 | 39.750 | 140 | | |
| 2006 | 8227 | 13 | 31.443 | 142 | | |
| 2007 | 10.021 | 10 | 17.373 | 262 | | |
| 2008 | 8668 | 13 | 23.899 | 253 | | |
| 2009 | 23.743 | 18 | 22.287 | 269 | | |
| 2010 | 7849 | 17 | 34.674 | 466 | | |
| 2011 | 7753 | nc | 23.875 | 506 | 89.846 | nc |

³⁸⁸⁰ Source : rapports annuels d'activité du *Provedor de Justiça*, du Défenseur du Peuple et du Défenseur des droits.

³⁸⁸¹ Données non communiquées.

Annexe 6 - Tableau comparatif des plaintes individuelles et des plaintes collectives adressées à l'ombudsman spécialisé³⁸⁸²

| Années | <i>Provedor de Justiça</i> | | Défenseur du Peuple | | Défenseur des droits | |
|--------|----------------------------|----------------------|------------------------|----------------------|------------------------|----------------------|
| | Plaintes individuelles | Plaintes collectives | Plaintes individuelles | Plaintes collectives | Plaintes individuelles | Plaintes collectives |
| 1976 | 1467 | 116 | | | | |
| 1977 | 1731 | 205 | | | | |
| 1978 | 2293 | 342 | | | | |
| 1979 | 2361 | 464 | | | | |
| 1980 | 1907 | 412 | | | | |
| 1981 | 2178 | 393 | | | | |
| 1982 | 2127 | 424 | | | | |
| 1983 | 2069 | 398 | nc | nc | | |
| 1984 | 2082 | 354 | nc | nc | | |
| 1985 | 2035 | 401 | nc | nc | | |
| 1986 | 2890 | 464 | nc | nc | | |
| 1987 | 2883 | 452 | nc | nc | | |
| 1988 | 2529 | 525 | 13.188 | 464 | | |
| 1989 | nc ³⁸⁸³ | nc | 13.224 | 7789 | | |
| 1990 | 2698 | 361 | 13.019 | 16.415 | | |
| 1991 | nc | nc | 11.322 | 14.408 | | |
| 1992 | 2996 | 464 | 11.022 | 8577 | | |
| 1993 | 2959 | 498 | 11.328 | 10.953 | | |
| 1994 | 3317 | 439 | 9304 | 9199 | | |
| 1995 | 3014 | 385 | 10.649 | 2411 | | |
| 1996 | 4139 | 1628 | 10.855 | 14.898 | | |
| 1997 | 4651 | 361 | 11.781 | 6236 | | |
| 1998 | 4837 | 495 | 12.608 | 11.356 | | |
| 1999 | 6210 | 430 | 9899 | 3652 | | |
| 2000 | 4524 | 746 | 10.212 | 16.662 | | |
| 2001 | 6110 | 373 | 9068 | 4118 | | |
| 2002 | 3745 | 421 | 11.818 | 9221 | | |
| 2003 | 13.692 | 448 | 12.612 | 4612 | | |
| 2004 | 7584 | 497 | 14.264 | 14.614 | | |
| 2005 | 5989 | 417 | 13.962 | 4873 | | |
| 2006 | 7741 | 486 | 14.903 | 16.398 | | |
| 2007 | 9536 | 485 | 14.254 | 2857 | | |
| 2008 | 8063 | 605 | 15.804 | 7842 | | |
| 2009 | 23.270 | 473 | 18.392 | 3626 | | |
| 2010 | 7423 | 426 | 16.759 | 17.449 | | |
| 2011 | 7341 | 412 | 16.353 | 7522 | nc | nc |

³⁸⁸² Source : rapports annuels d'activité du *Provedor de Justiça*, du Défenseur du Peuple et du Défenseur des droits.

³⁸⁸³ Données non communiquées.

Annexe 7 - Recours présentés par le *Provedor de Justiça* et le Défenseur du Peuple devant le Tribunal constitutionnel³⁸⁸⁴

| Années | <i>Provedor de Justiça</i> | | Défenseur du Peuple | |
|--------|---------------------------------|---------------------|---------------------------------|--------------------------|
| | Recours en inconstitutionnalité | Recours en omission | Recours en inconstitutionnalité | Recours d' <i>amparo</i> |
| 1976 | 10 | | | |
| 1977 | 22 | | | |
| 1978 | 6 | | | |
| 1979 | 5 | | | |
| 1980 | 12 | | | |
| 1981 | 8 | | | |
| 1982 | 11 | 0 | | |
| 1983 | 9 | 0 | 1 | 1 |
| 1984 | 13 | 0 | 1 | 0 |
| 1985 | 9 | 0 | 6 | 0 |
| 1986 | 3 | 0 | 2 | 7 |
| 1987 | 4 | 2 | 0 | 1 |
| 1988 | 5 | 0 | 0 | 0 |
| 1989 | nc ³⁸⁸⁵ | nc | 0 | 0 |
| 1990 | 5 | 1 | 0 | 1 |
| 1991 | nc | 1 | 0 | 0 |
| 1992 | 3 | 0 | 0 | 0 |
| 1993 | 12 | 1 | 1 | 0 |
| 1994 | 5 | 1 | 1 | 0 |
| 1995 | 7 | 0 | 0 | 0 |
| 1996 | 1 | 0 | 1 | 0 |
| 1997 | 3 | 0 | 2 | 0 |
| 1998 | 7 | 0 | 2 | 0 |
| 1999 | 17 | 1 | 1 | 0 |
| 2000 | 8 | 0 | 1 | 0 |
| 2001 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| 2002 | 4 | 0 | 0 | 0 |
| 2003 | 2 | 0 | 0 | 0 |
| 2004 | 2 | 0 | 0 | 0 |
| 2005 | 2 | 0 | 0 | 0 |
| 2006 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| 2007 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| 2008 | 2 | 0 | 2 | 0 |
| 2009 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2010 | 2 | 0 | 3 | 0 |
| Total | 201 | 7 | 25 | 10 |

³⁸⁸⁴ Sources : rapports annuels d'activité du *Provedor de Justiça* et du Défenseur du Peuple.

³⁸⁸⁵ Données non disponibles.

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie ne prétend pas à être exhaustive. Par ailleurs, elle ne reprend pas l'ensemble des références citées dans les notes de bas de page de cette étude.

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

Aláez Corral B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000

Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2^{ème} reimp., 2001

Alland D. et Rials S. (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Paris, 2003

Alonso de Antonio J.A. et Alonso de Antonio Á.L., *Introducción al derecho parlamentario*, Dykinson, Madrid, 2002

Alonso Mas M.J., *La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999

Alvarez Conde E., *Curso de derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 4^{ème} éd., 2003

Aradillas A., *Todo sobre el Defensor del Pueblo*, Plaza & Janes Editores, S.A., Barcelona, 1985

Aranda Alvarez E., *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Cuadernos y debates, Madrid, 1998

Arnaud A.-J. (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd. refondue, 1993

Aroso de Almeida M., *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, Almedina, Coimbra, 2005

Astarloa Villena F., *El Defensor del Pueblo en España*, Ensayos Jurídicos, Universitat de les Illes Balears, 1994

Auby J.-M., *Traité de Science administrative*, Mouton, Paris, 1968

Avril P. et Gicquel J., *Droit parlementaire*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 4^{ème} éd., 2010

Bacigalupo M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997

Baena del Alcazar M., *Los actos políticos del gobierno en el derecho español*, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1978

Bailby E., *L'Espagne vers la démocratie*, Gallimard, Paris, 1976

Barthélémy J. et Duez P., *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933

Barthélemy J., *La crise de la démocratie représentative*, Giard, 1928

Béchillon de D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, Paris, 1997

Bellenger L.,

- *La force de persuasion. Du bon usage des moyens de persuader et de convaincre*, ESF éditeur, coll. formation permanente, 6^{ème} éd., 2011
- *La persuasion*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 3^{ème} ed., 1992

Bessière B., *La culture espagnole: les mutations de l'après-franquisme (1975-1992)*, L'Harmattan, Paris, 1992

Blanc-Jouvan X. et alii, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, Paris, 2000

Bon. P et Maus D., *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008

Bon P., Moderne F., Rodriguez Y., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, P.U.A.M., Collection droit public positif, Paris, 1984

Bon P. et alii, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1989

Bon P. (Dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Dalloz, 2009

Bouchet P., Charvet D., Fragonard B., *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Rapport à la garde des sceaux, ministre de la justice, La Doc. fr., 2001

Bourdieu P.,

- *La distinction. Critique sociale du jugement*, Les éditions de minuit, Paris, 1979
- *Questions de sociologie*, Editions de Minuit, Paris, 1984

Braibant G, Questiaux N., Wiener C., *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Editions Cujas, Paris, 1973

Braud Ph., *Sociologie politique*, L.G.D.J., Paris, 10^{ème} éd., 2011

Brechon P., *La France aux urnes : cinquante ans d'histoire électorale*, La Doc. fr., Paris, 1998

Bresson M., *Sociologie de la précarité*, Armand Colin, Série Domaines et approches, Paris, 2^{ème} éd., 2010

Brewer-Carias A.R., *Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Etudes de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)*, Economica, coll. Science et droit administratifs, Paris, 1992

Burdeau G.,

- *Les libertés publiques*, L.G.D.J., Paris, 1972
- *Traité de science politique, tome V, Les Régimes politiques*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 1985

Cadiet L., Normand J., Amrani Mekki S., *Théorie générale du procès*, P.U.F., Thémis droit, Paris, 1^{ère} éd., 2010

Cadiet L. (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., Paris, 2004

Cadilha C.A.F., *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2006

Caillosse J., *Introduire au droit*, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd., 1998

Cano Campos T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009

Canotilho G. et Moreira V., *Constituição da Republica Portuguesa anotada. Artigos 108º a 296º*, vol. II, Coimbra Editora, 4^{ème} éd., 2010

Canotilho G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 6^{ème} éd., 2002

Carballo Armas P., *El Defensor del Pueblo. El ombudsman en España y en el derecho comparado*, Tecnos, Madrid, 2003

Carbonnier J.,

- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996
- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 7^{ème} éd., 1992
- *Sociologie juridique – Partie spéciale : Le procès et le jugement*, Association corporative des étudiants en droit, cours sténotypé, 1961-1962
- *Sociologie juridique*, Quadrige, P.U.F., Paris, 1994

Cardoso J.L., *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição, Contributo para a estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra Editora, 2002

Carmona Cuenca E., *La crisis del recurso de amparo : la protección de los derechos fundamentales entre le Poder Judicial y el Tribunal constitucional*, Universidad de Alcalá, Servicio de publicaciones, 2005

Carrillo S., *Memoria de la Transición. La vida política española y el PCE*, Ediciones Grijalbo, S.A., Barcelona, 2^{ème} éd., 1983

Casal Fernández M.L., Generoso Hermoso F., Munoz Fernández A., *Practica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 1994

Casas Baamonde M.E., Rodríguez-Piñero M.E. et Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009

Cascajo Castro J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Cuadernos y debates, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988

Cassia P., *Les référés administratifs d'urgence*, L.G.D.J., Paris, 2003

- Caupers J.**, *Introdução ao direito administrativo*, Âncora editora, Lisboa, 6^{ème} éd., 2001
- Chagnollaud D. et Drago G.** (Dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006
- Chamorro Bernal F.**, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1994
- Chapus R.**,
- *Droit administratif général*, tome I, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 15^{ème} éd., 2001
 - *Droits du contentieux administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 13^{ème} éd., 2008
- Chevallier J. et Lochak D.**, *La science administrative*, Que sais je ?, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1980
- Chevallier J.**,
- *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 3^{ème} éd., 1999
 - *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., coll. « droit et société », vol. 35, Paris, 2^{ème} éd., 2004
- Cheyron du P. et Gélot D.** (Coord.), *Droit et pauvreté*, Contributions issues du séminaire ONPES DREES-MIRE, 2007
- Colomer Viadel A.**,
- (Coord.), *Regenerar la política. Ciudadanos, ¡ sed protagonistas !*, Editorial UGARIT, colección Amadís, Valencia, 2008
 - *El Defensor del Pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las administraciones públicas*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013
- Constantinesco V. et Pierré-Caps S.**, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. « Thémis », 5^{ème} éd. mise à jour, Paris, 2011
- Contamin J.G., Saada E., Spire A., Weidenfeld K.**, *Le recours à la justice administrative*, La Doc. fr., Paris, 2008
- Correia S., Medeiros R. et Diniz de Ayala B.**, *Estudos de direito processual administrativo*, Lex, Lisboa, 2002
- Cosculluela Montaner L.**, *Manual de derecho administrativo, parte general*, Civitas, Thomson Reuters, 2010
- Cossio Diaz J.R.**, *Estado social y derechos de prestaciones*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989
- Costamagna C.**, *La crise de la démocratie représentative : conférence*, Union des corporations françaises, 1930
- Crozier M.**, *Le phénomène bureaucratique*, Editions du Seuil, 1963
- Dapena Baqueiro M.**, *Ley orgánica del Defensor del Pueblo (« ombudsman »)*, Instituto Nacional de Prospectiva, Cuadernos de documentación 1, 1980
- Debbasch Ch.**, *Droit administratif*, Economica, Paris, 10^{ème} éd., 2011
- Decoopman N.**, *Le désordre des AAI : l'exemple du secteur économique et financier*, P.U.F., coll. "CE-PRISCA", 2002

Delaunay B., *Le Médiateur de la République*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1999

Delevoye J.-P., *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, Le cherche midi, coll. Documents, Paris, 2005

Derrida J., *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Galilée, Paris, 1994

Diaz Gijon, Fernández Navarrete D., González González M.J., Martínez Lillo P.A. et Carmona Soto Á., *Historia de la España actual, 1939-1996, Autoritarisme y democracia*, Marcial pons, Madrid, 1998

Díez Bueso L., *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades autónomas*, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1999

Díez-Picazo L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, serie derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 3^{ème} ed., 2008

Diniz de Ayala B., *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lisboa, 1995

Dion-Loye S., *Les pauvres et le droit*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1997

Douglas M., *Comment pensent les institutions*, La Découverte, Paris, 1999

Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Seuil, Paris, 2002

Dupuy F., Thoenig J.-C., *Sociologie de l'administration française*, Armand Colin, Paris, 1983

Duran P., *Penser l'action publique*, L.G.D.J., Droit et Société, Paris, 2010

Echaudemaison C.-D. et alii., *Dictionnaire d'Economie et de sciences sociales*, Nathan, Paris, 8^{ème} éd., 2009

Eduarda Ferraz M., *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, 2008

Embid Irujo A., *El control de la Administración Pública por los comisionados Parlamentarios Autonómicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, INAP, 1991

Enériz Olaechea F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución Española*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2007

Faget J., *Accès au droit et médiation*, Mission de recherche Droit et Justice, GERICO, 2000

Fairén Guillén V.,

- *Antecedentes aragones de los juicios de amparo*, Mexico, 1971
- *El Defensor del Pueblo – Ombudsman*, tomo I (parte general) y tomo II (parte especial), Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1982
- *El Ombudsman Parlamentario en Finlandia (Eduskunnan Oikeusasiamies)*, Espasa Calpe, Madrid, 1984

Favoreu L. et Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 16^{ème} éd., 2011

Favoreu L. et Jolowicz J.-A., *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1986

Favoreu L. et Renoux T.-S., *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, coll. Droit Public, 1992

Favoreu L. (Dir.),

- *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, Paris, 15^{ème} éd., 2013
- *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, Paris, 6^{ème} éd., 2012
- *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1982
- *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Rapports français au II^e Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1987

Fernández Farreres G., *El recurso de amparo segun la jurisprudencia constitucional*, Marcial pons, Madrid, 1994

Fernández Rodríguez J.J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoria general. Derecho comparado. El caso español*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1998

Fernández Segado F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo : (reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Dykinson, Madrid, 2007

Fernandez-Villaverde L.F., *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1981

Ferrando Badía J.,

- *Del autoritarismo a la democracia*, Ediciones RIALP S.A., Madrid, 1987
- *El regimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Tecnos, Madrid, 1984

Fix Zamudio H., *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Editorial Civitas, S.A., Universidad nacional autonoma de Mexico, Madrid, 1982

Frayssinet J., Guin J.-P. et Blum R., *Administration et justice administrative face aux administrés*, P.U.F., Paris, 1972

Frier P.-L. et Petit J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 6^{ème} éd., 2010

Frijinal Villaverde L., *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Montecorvo, Madrid, 1981

Fromont M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Connaissance du droit, 1996

Garapon A. et Papadopoulos I., *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, Paris, 2003

Garcia de Enterría E., *La constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981

García Morillo J., *La protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994

García San Miguel L., *Teoría de la transición, Un análisis del modelo español, 1973-1978*, Editora nacional, Madrid, 1981

Garrorena Morales Á., *Representación política y constitución democrática*, Civitas, 1991

Gaudemet Y. (Dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, L.G.D.J., Paris, 2009

Gay L., Mazuyer E. et Nazet-Allouche D. (Dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 2006

Genevois B., *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Les éditions S.T.H., Paris, 1988

Gentot M., *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991

Georgel J.,

- *Le Franquisme, histoire et bilan (1939-1969)*, Editions du Seuil, Paris, 1970
- *Le salazarisme, histoire et bilan (1926-1974)*, Editions Cujas, Paris, 1981
- *Les eurodictatures : fascisme 1922-1945, salazarisme 1926-1968, nazisme 1933-1945, franquisme 1936-1975 : étude comparative*, Ed. Apogée, Rennes, 1999

Gil-Robles Á.,

- *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2^{ème} éd., 1981
- *El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina*, tome II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, 1995
- *El Defensor del Pueblo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979

Gimeno Sendra V. et Garberi Llobregat J., *Los procesos de amparo*, Colex, Madrid, 1994

Gimeno Sendra V.,

- *El proceso de « habeas corpus »*, Tecnos, Temas Clave de la Constitución española, Madrid, 1985
- *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Editorial Colex, Madrid, 2007

Giner De Grado C.,

- *El Defensor del Pueblo en la teoría y en la práctica*, Editorial Popular, coll. "Papel de prueba" 23, Madrid, 1986
- *Los ombudsmen europeos, Defensor del Pueblo*, Tibidabo Edicions, S.A., coll. Europa, Barcelona, 1986

Gomes Canotilho J.J. et Vital Moreira., *Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1º a 107º*, vol. I, Coimbra Editora, 4^{ème} éd., 2007

Gomez Canotilho J.J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 6^{ème} éd., 2002

Gómez-Ferrer Rincón R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson, Civitas, Pamplona, 1^{ère} éd., 2008

Gonthier F., *Justice sociale et action publique. Des principes à leur mise en œuvre*, La Doc. fr., 2008

- González Pérez J.**, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, S. A., Madrid, 1984
- Goulemot Maeso M.**, *L'Espagne de la mort de Franco à l'Europe des douze*, Minerve, coll. Voies de l'histoire, 1986
- Gourdou J. et Bourrel A.**, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Paris, 2003
- Grewe C. et Ruiz Fabri H.**, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., coll. Droit fondamental, Paris, 1^{ère} éd., 1995
- Grewe C.**, *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005
- Guédon M.-J.**, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., Paris, 1991
- Guillaume-Hofnung M.**, *La médiation*, P.U.F., Que sais-je ? Paris, 5^{ème} éd., 2009
- Guinchard S.** (Dir.),
- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 19^{ème} éd., 2012
 - *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Précis, Paris, 5^{ème} éd., 2009
- Hamson C.-J.**, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration : considérations sur le Conseil d'Etat statuant au contentieux*, L.G.D.J., Paris, 1958
- Hart H.L.A.**, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2^{ème} éd., 2005
- Hatzfeld H.**, *Les légitimités ordinaires. Au nom de quoi devrions-nous nous taire ?*, L'Harmattan, Paris, 2011
- Hermet G.**, *L'Espagne de Franco*, Armand colin, Paris, 1974
- Hernández Ramos C.**, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 2009
- Ibañez Garcia I.**, *Derecho de petición y derecho de queja*, Dykinson, Madrid, 1993
- Iráizoz M.**, *La eficacia del Defensor del Pueblo como instituciones nacionales de derechos humanos*, Dykinson, S.L., Madrid, 2012
- Israël J.-J.**, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998, Paris
- Jan P. et Roy J.-Ph.** (Dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, Paris, 1997
- Jeuland E.**, *Le droit processuel*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd., 2012
- Karagiannis S. et Petit Y.**, *Le Médiateur européen : bilan et perspectives*, Bruylant, 2008
- Kelsen H.**,
- *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1998
 - *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 1962

- Kojève A.**, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981
- Labayle H. et Sudre F.** (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Némésis, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2000
- Lagroye J. et Offerlé M.** (Dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, Paris, 2010
- Lalande A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., Paris, 2^{ème} éd., 2006
- Lambert E.**, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz, Paris, 2005
- Laubadère de A.**, *Traité élémentaire de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd., 1957
- Lebreton G.**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Dalloz, Sirey université, Paris, 8^{ème} éd., 2009
- Legatte P. et Barbé V.**, *Le principe d'équité. Défendre le citoyen face à l'administration*, Presses de la renaissance, Paris, 1992
- Legrand P.**,
 – (Dir.), *Comparer les droits, résolument*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2009
 – *Le droit comparé*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1999
- Lenoble J.** (éd.), *La crise du juge*, L.G.D.J., Paris, 1990
- Leston-Bandeira C.**, *Da legislação à legitimação : o papel do Parlamento Português*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2002
- Levinet M.**, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Collection droit et justice, Paris, 2^{ème} éd., 2008
- Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P., Genevois B.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 17^{ème} éd., 2009
- López Basaguren A. et Maestro G.**, *El « Ararteko »*, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección Cuadernos Autonómicos 19, Oñati, 1993
- Luchaire F.**, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1988
- Magalhães J.**, *Direitos, Libertades e Garantias Individuais*, Col. « Que País ? », 2^{ème} éd., 1971
- Malignier B.**, *Les fonctions du Médiateur*, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1979
- Mastias J. et Grangé J.**, *Les secondes Chambres du Parlement en Europe occidentale*, Economica, Paris, 1987
- Mathieu B. et Verpeaux M.**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002
- Mathieu B.**, *La loi*, Dalloz, collection connaissance du droit, Paris, 3^{ème} éd., 2010
- Matoso Pachaco J.**, *A inconstitucionalidade por omissão*, trabalho escolar inédito, Lisboa, 1980

Maus M. et Roux A. (Dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 2006

Médiateur de la République, *Le Médiateur de la République : une autorité indépendante au service des citoyens. Trentième anniversaire, 1973-2003*, La Doc. fr., Paris, 2003

Menéres Pimentel J. (Coord.), *A Provedoria de Justiça na Salvaguarda dos Direitos do Homem*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 1998

Merino Merchán J.F., *Instituciones de derecho constitucional español*, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos Ramon Carande, 1994

Ministerio de Justicia, *Los derechos fundamentales y libertades publicas (II)*, vol. I, Madrid, 1993

Miranda J. et Medeiros R., *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra editora, 2005

Miranda J.,

- *Estudos sobre a Constituição, vol. I*, Livraria Petrony, Lisboa, 1977
- *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 5^{ème} éd., 2012
- *Manual de direito constitucional, tomo VI, Inconstitucionalidade e garantia da constituição*, Coimbra Editora, 3^{ème} éd. revista et actualizada, 2008

Molas I., *Derecho constitucional*, Tecnos, madrid, 1998

Mora A., *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003

Moreau J., *Un inconnu ; le droit de pétition sous la IV^e République*, Compagnie d'éditions libres sociales et économiques, Paris, 1958,

Morodo R., *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984

Napione G., *L'ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1969

Oberdorff H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 2011

Oppetit B., *Essai sur la codification*, P.U.F., coll. « Droit, éthique et société », 1998

Ost F., *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999

Parada Vázquez R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992, de 26 noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993

Parejo Alfonso L.,

- *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983
- *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3^{ème} éd., 2010

Passemiers R., Reynaert H. et Steyvers K. (Ed.), *The impact of ombudsmen*, Vanden Broele Editions, 2009

Pellon Rivero R., *El Defensor del Pueblo. Legislación española y derecho comparado*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1^{ère} éd., 1981

Peñarrubia Iza J.M., *Ombudsman Militar y Defensor del Pueblo. Estudio de Derecho comparado y español*, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2001

Pérez Calvo A. (Dir.), *El Defensor del Pueblo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2009

Pérez Luño A.E.,

- *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8^{ème} éd., 2004
- *Nuevos retos del Estado constitucional : valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Cátedra de democracia y derechos humanos, 2010

Pérez Royo J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987

Pérez Tremps P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

Petit S., *La voie de fait administrative*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1995

Peyrègne F., *L'Espagne du XXe siècle : le franquisme*, Ellipses, Paris, 2000

Pinto L., *Constituição e Teoria dos Limites materiais do poder Constituinte*, Coimbra, 1995

Pisarello G., *Los derechos sociales y sus garantías : elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, coll. Estructuras y procesos : Serie Derecho, Madrid, 2007

Plácido F. et Viagas B., *El poder legislativo entre la política y el derecho*, Thomson Aranzadi, 2008

Ponce Solé J., *Deber de una buena administración y derecho al procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, coll. Derecho público, Valladolid, 2001

Ponthoreau M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus droit public, Paris, 2010

Prieto Sanchís L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990

Provedoria de Justiça,

- *Democracia e Direitos Humanos no século XXI*, Divisão de Documentação, Lisboa, 2003
- *O Cidadão o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Divisão de Documentação, Lisboa, 2002
- *O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição*, Divisão de Documentação, Lisboa, 2006
- *O Provedor de Justiça. Novos estudos*, Divisão de Documentação, Lisboa, 2008
- *Provedor de Justiça. O garante dos direitos fundamentais*, Provedoria de Justiça, Divisão de Documentação, Lisboa, 2010
- *Sessão comemorativa, na Assembleia da República, em 30 de novembro de 1995, Provedor de Justiça – 20º aniversário 1975-1995*, Divisão de Documentação, Lisboa, 1996

Pueyo Calleja F.J. (Dir.), *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, Consejo general del poder judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2005

Queiroz C. M.M.,

- *Direitos fundamentais. Teoria geral*, Coimbra editora, Teses e monografias 4, Faculdade de direito da Universidade do Porto, 2002
- *Os actos politicos no estado de direito : O problema do controle juridico do poder*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990

Ramírez Jiménez M. (éd.) et alii, *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Editorial Labor, Barcelona, 1978

Ramírez M., *La crisis de la actual democracia española y otros escritos*, Encuentro, Madrid, 2010

Rawls J., *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, trad. B. Guillaume, La découverte/poche, Paris, 2008

Rebelo de Sousa M., *Lições de Direito*, Lisboa, 1994-1995

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

Renoux T.-S., *Protection des libertés et droits fondamentaux*, La Doc. fr., Les notices, Paris, 2007

Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 3^{ème} éd., 2002

Requejo Rodríguez P., *¿ Cuestión prioritaria y Defensor de los derechos : pervive la excepción francesa ?*, Civitas, Madrid, 1^{ère} éd., 2011

Requero Ibáñez J.L. et Rodríguez-Zapata Pérez J. (Dir.), *Balance de cinco años de aplicación de la ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial 46, Consejo general del poder judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2003

Revillard A., Baudot P.-Y., Chappe V.-A., Ribémont Th., *La fabrique d'une légalité administrative. Sociologie du Médiateur de la République – Rapport final*, Mission de recherche Droit et Justice, CERAL, Université Paris 13, 2011

Rials A., *L'accès à la justice*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1^{ère} éd., 1993

Ricci J.-C., *Droit administratif général*, Hachette supérieur, Paris, 4^{ème} éd., 2011

Rideau J. (Dir.), *Le droit au juge dans L'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 1998

Rivero J.,

- *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris 1991
- *Les libertés publiques*, Tome I, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1973

Robert J. et Duffar J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 8^{ème} éd., 2009

Roman D. (Dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, C.R.E.D.O.F., Paris X, 2010

Rony J., *La lente rupture. L'Espagne entre le franquisme et la démocratie*, Editions sociales, Paris, 1977

Rosanvallon P.,

- *La contre-démocratie*, Editions du Seuil, 2006
- *La crise de l'Etat providence*, Editions du Seuil, Paris, 1981

Rousseau D.,

- *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat droit public, Paris, 9^{ème} éd., 2010
- *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Clefs, 3^{ème} éd., 1998

Rovira Viñas A. (Dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Thomson, 2002

Rowat D.C.,

- *El ombudsman en el mundo*, trad. C. Giner de Grado, Teide, Barcelona, 1990
- *The Ombudsman, citizen's defender*, Allen and Unwin, 1968, p. 82

Ruiz Ruiz G., *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Editorial Civitas, S.A., Centro de publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid, 1991

Sacco R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1991

Saiz Arnaiz A., *Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del tribunal supremo*, C.E.C., Madrid, 1994

Sánchez Moron M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Madrid, 1993

Santaolalla López F., *Derecho constitucional*, Dykinson, S.L., Madrid, 2004

Santos B.S., *O acesso ao direito e à justiça : um direito fundamental em questão*, Coimbra, 2002

Sauvy A., *Bureaux et bureaucratie*, P.U.F., Paris, 3^{ème} éd., 1967

Soares M., *Le Portugal bâillonné. Un témoignage*, trad. E. Bailby, Calmann – Lévy, Paris, 1972

Soriano R., *El derecho de habeas corpus*, Congreso de los diputados, Madrid, 1986

Soulier G., *Nos droits face à l'Etat*, Editions du Seuil, Paris, 1981

Suay Rincón J. (Dir.), *La ley 4/1999 de procedimiento administrativo. Reforma de la ley 30/1992*, Editorial Colex, ICSE, Entidad Delegada en Canarias de la Universidad Alfonso X el Sabio, coll. Temas Claves de derecho, Madrid, 1999

Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 11^{ème} éd., 2012

Thomas H., *Les vulnérables. La démocratie contre les pauvres*, Editions du Croquant, coll. Terra, 2010

Tournay V., *Sociologie des institutions*, P.U.F., Que sais-je ?, 2011

Tournepiche A.-M. et Marguénaud J.-P. (Dir), *La médiation : aspects transversaux*, Litec, Colloques et débats, vol. 30, 2010

Tur Ausina R., *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional : efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

Tusell J., *La dictadura de Franco*, Alianza Editorial, Madrid, 1988

Venezia J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, tome 17, Paris, 1959

Vieira de Andrade J.C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 4^{ème} éd., 2010

Villacorta Mancebo L., *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994

Villalba Benítez L., *La tutela de los Derechos Fundamentales y el Defensor del Pueblo: Estudio comparativo de la Institución del Defensor del Pueblo en España y Paraguay*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2003

Vírseda Barca F. (Coord.), Ramós Torre R., Gómez Rivas J.V., [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, Trama editorial, Madrid, 2007

Viver Pi-Sunyer C., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

VV. AA., *Catedra Joaquin Ruiz-Gimenez de estudios sobre el Defensor del Pueblo : Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992

VV. AA., *Le procès équitable et la protection jurisprudentielle du citoyen*, colloque Bordeaux, 29-30 sept. 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001

Wachsmann P., *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la loi du 30 juin 2000*, Presses Universitaires de Strasbourg, Ann. fac. droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 5, 2002

Waline J., *Droit administratif*, Précis Dalloz, Paris, 22^{ème} éd., 2008

Warin Ph., *Les dépanneurs de justice. Les « petits fonctionnaires » entre égalité et équité*, L.G.D.J., Droit et Société, Paris, 2002

Weber M., *Economie et société, tome 1. Les catégories de la sociologie*, Agora, Les classiques, Paris, 2003

Ziller J., *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien, 1993

Zoller E., *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1^{ère} éd., 1998

THESES ET MEMOIRES

- Albiges Ch.**, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J., bibliothèque de droit privé, Paris, 2000
- Alexis M.-A.**, *Enfance en danger : critères et traitements des situations*, th. dactylographiée, Pau, 2012
- Barbé V.**, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux. Etude comparative : Allemagne, France, Royaume-Uni*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 131, Paris, 2009
- Barre-Aivazzadeh S.**, *L'exception d'irrecevabilité pour inconstitutionnalité devant les assemblées parlementaires françaises*, th. dactylographiée, Université de Bourgogne, 1994
- Béchillon de D.**, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Paris, 1996
- Bernal Pulido C.**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Col. Estudios constitucionales, Madrid, 2005
- Binczak P.**, *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif français. Histoire d'un paradoxe*, th. dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2000
- Bot le O.**, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé liberté : étude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative*, Fondation Varenne, coll. Des thèses, Clermont-Ferrand, 2007
- Bousta R.**, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010
- Cambot P.**, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1998
- Capitant D.**, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, th. dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 1996
- Carballo Martínez G.**, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson, Aranzadi, 2008
- Carpentier E.**, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, L.G.D.J., 2006
- Champeil-Desplats V.**, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 2001
- Cholet D.**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, L.G.D.J., Paris, 2006
- Colliard J.-C.**, *Les régimes parlementaires contemporains*, Presse de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978
- Connil D.**, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2012

- Corchete Martín M.J.**, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001
- Delaunay B.**, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, L.G.D.J., Paris, 1993
- Desaulnay O.**, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2009
- Desgranges E.**, *Essai sur la notion de voie de fait*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1937
- Dokhan D.**, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 103, Paris, 2001
- Domingo L.**, *Les actes internes du Parlement. Etude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006
- Dran M.**, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 32, Paris, 1968
- Dubos O.**, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, th. dactylographiée, Bordeaux IV, 1999
- Duez P.**, *Les actes de gouvernement*, Sirey, 1934
- Dutheil-Warolin L.**, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, th. dactylographiée, Université de Limoges, 2004
- Duval C.**, *La liaison entre la compétence et le fond du droit en droit administratif français*, th. dactylographiée, Aix-Marseille III, 1994
- Duvignau J.**, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, th. dactylographiée, Pau, 2010
- Eisenmann Ch.**, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1986
- Favoreu L.**, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1964
- Fouletier M.**, *Recherches sur l'équité en droit public français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 229, Paris, 2003
- Foulquier N.**, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003
- Gallardo J.-M.**, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, th. dactylographiée, Pau, 2002
- Garcia A.**, *Le recours administratif préalable obligatoire*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2007
- Garnier R.**, *La démocratie portugaise*, thèse dactylographiée, Université Panthéon Sorbonne, 2001
- Gaudemet Y.**, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972

- Gay L.**, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. de droits public comparé et européen, Bruxelles, 2007
- Gelblat A.**, *Le Défenseur des droits. Contre-pouvoir ou alibi ?*, Mémoire de Master 1, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009
- Gerry-Vernières S.**, *Les "petites" sources du droit ». A propos des sources étatiques non contraignantes* », *Economica*, coll. Recherches juridiques, Paris, 2012
- Gillet S.**, *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, th. dactylographiée, Université Paris I, 1994
- Girault Q.**, *Le choix de l'introduction d'un référendum d'initiative minoritaire dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2011
- Granger M.-A.**, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 138, Paris, 2011
- Heuschling L.**, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2002
- Joliot M.**, *Les insuffisances du contrôle des actes de l'administration par le juge administratif*, th. dactylographiée, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris II, 1975
- Lavergne B.**, *Recherche sur la soft law en droit public français*, th. dactylographiée, Université Toulouse I Capitole, 2011
- Lecucq O.**, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, th. dactylographiée Aix-Marseille III, 1999
- Leduc B.**, *Le Médiateur: un ombudsman français ?*, Mémoire de Diplôme d'étude approfondie de droit public, U.P.P.A., Pau, 1982
- Legrand A.**, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1970
- Lochak D.**, *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Paris, 1972
- Manno di Th.**, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, *Economica*, coll. Droit public positif, Paris, 1997
- Marty N.**, *La notion de bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*, th. dactylographiée, Université de Montpellier I, 2007
- Mélin-Soucramanien F.**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica*, P.U.A.M., coll. droit public positif, Paris, 1997
- Mendes Constante J.**, *Les droits fondamentaux du justiciable*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2002
- Menetrey S.**, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural ?*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Paris, 2010

- Mescheriakoff A-S.**, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, th. dactylographiée, Université des sciences juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, 1973
- Mestre A.**, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1964
- Molfessis N.**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1997
- Montalivet de P.**, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006
- Montané de la Roque P.**, *L'inertie des pouvoirs publics*, Imprimerie Moderne, Toulouse, 1950
- Ould Bouboutt A.S.**, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1987
- Pacteau B.**, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, L.G.D.J., coll. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Clermont I, Paris, 1977
- Philippe X.**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, P.U.A.M., coll. Science et Droit Administratifs, 1990
- Poisson J.-M.**, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris, 2003
- Pollet-Panoussis D.**, *Les actes inattaquables devant le juge administratif*, th. dactylographiée, Lille II, 2006
- Prevedourou E.**, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 180, 1996
- Ribes D.**, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, th. dactylographiée, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2005
- Ricou B.**, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, th. dactylographiée, Pau, 2009
- Saint-James V.**, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, P.U.F., Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, vol. 25, 1995
- Sasso L.**, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée en droit allemand, européen et français*, th. dactylographiée, Faculté de droit et des sciences humaines, Université de Caen, 1999
- Serrand P.**, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat)*, th. dactylographiée, Paris II, 1996
- Touzanne B.**, *Le bilan de la jurisprudence du référé liberté*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2006
- Trémeau J.**, *La réserve de loi, compétence législative et Constitution*, Economica, Paris, 1997
- Tsikliritas S.**, *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 155, Paris, 1991

Vimbert C., *La tradition républicaine en droit public français*, L.G.D.J., Nouvelle bibliothèque des thèses, tome 72, Paris, 1992

Waline M., *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, Paris, 1926

Weber A., *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, th. dactylographiée, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2006

Xavier J., *Le renforcement du Parlement. Du Comité Balladur au projet Sarkozy*, Mémoire de Master 2 droit public fondamental, Pau, 2008

RAPPORT ET AVIS³⁸⁸⁶

Araújo de A., L.M. Nogueira de Brito et Cardoso da Costa J.P., « As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias », *Relatório português por la XII^e Conferência dos tribunais constitucionais europeus*, Bruxelles, 2002

Conseil d'Etat,

- *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, La Doc. fr., 2010
- *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, La Doc. fr., études et documents, Paris, 2001
- *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Doc. fr., coll. Etudes et Documents, Paris, 1993
- *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, La Doc. fr., études et documents, Paris, 2006

Commission nationale consultative des droits de l'homme,

- Ass plén., *Avis sur le Défenseur des droits*, 4 février 2010
- Ass plén., *Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010*, 30 septembre 2010
- *Note sur le projet de « Défenseur des droits des citoyens ». (Projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la 5^{ème} République)*, 20 mai 2008

Comité Vedel, *Rapport au Président de la République*, 15 févr. 1993, La Doc. fr., Paris, 1993

Défenseur des droits,

- *Bilan 2011-2012 du programme jeunes ambassadeurs des droits auprès des enfants*, 2012
- *Rapport 2011 consacré aux droits de l'enfant : Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits*, 2011

Defensor del Pueblo,

- *Lista de espera en el Sistema Nacional de Salud*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003
- *Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1996

³⁸⁸⁶ Ne sont pas mentionnés ici l'ensemble des rapports annuels d'activité du Défenseur du Peuple, du *Provedor de Justiça* et du Défenseur des droits. Ces documents sont disponibles sur les sites internet respectifs de ces institutions.

- *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2009
- *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012
- *El primer año de vigencia de la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2002
- *¿ Menores o Adultos. Procedimientos para la determinación de la edad ?*, Madrid, 2011
- *Escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003
- *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003
- *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2005
- *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000
- *La presencia de los valores democráticos en el proceso educativo*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2011
- *La violencia doméstica contra las mujeres*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1998
- *Listas de espera en el sistema nacional de salud*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2003
- *Menores : estudios sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991
- *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000
- *Programación y contenidos de la televisión e internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2010
- *Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1990
- *Reunión Intercontinental Unión Europea/América Latina-Caribe. Tutela de los Derechos Humanos, celebrada en Madrid, 24 y 25 de abril de 2002*, Madrid, 2003
- *Seguridad y prevención de accidentes en áreas infantiles*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1997
- *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991
- *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1991
- *Situación penitenciaria en Cataluña*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1990
- *Situación penitenciaria en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1987
- *Situación penitenciaria en España*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1988
- *Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 1997
- *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2000
- *Violencia escolar : el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006*, Informes, estudios y documentos, Madrid, 2007

Dosière R. et Vanneste Ch., *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 2925 fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*, tome I, 2010
Etude d'impact portant sur Projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, septembre 2009

Gélar P. et Peyronnet J.-C., *L'expérience des parlements nationaux au sein de l'Union européenne : une source d'inspiration pour la modernisation du Sénat. Les exemples luxembourgeois, belge, portugais, grec, tchèque, autrichien et slovaque, Rapport d'information n° 418 fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois du Sénat, 2006-2007*

Gélar P.,

- *Les autorités administratives indépendantes, Rapport d'information n° 404 fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, tome I, 2006-2007*
- *Rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et sur le projet de loi relatif au Défenseur des droits, 2010*

Gerbet M., *Rapport n° 2761 au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1972-1973*

Hiest J.-J.,

- *Rapport d'information n° 353 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le bilan du cycle d'auditions (2007-2008) des autorités en charge de la protection du droit et des libertés fondamentales qui relèvent du champ de compétence de ladite commission, Sénat, 2007-2008*
- *Rapport n° 387 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle sur la modernisation des institutions de la V^e République, Sénat, 2008*

Peyronnet J.-C., *Protection des droits et libertés, tome VIII, Avis n° 104 présenté au nom de la Commission des lois au Sénat sur le projet de loi de finance pour 2009 et Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2010*

Provedor de Justiça,

- *A instalação temporária de cidadãos estrangeiros não admitidos em Portugal ou em processo de afastamento do território nacional, Lisboa, 2011*
- *Crianças e Jovens acolhidos nos Lares e Casas de Acolhimento Temporário (CAT) da Região Autónoma dos Açores, Lisboa, 2008*
- *Instituto de Reinserção Social. Relatório Especial à Assembleia da República, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1997*
- *Lares de Idosos dos Açores, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2005*
- *Os Direitos de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens na Região Autónoma da Madeira: Perspectivação do Acolhimento Institucional, Lisboa, 2010*
- *Os Idosos e as Instituições de Acolhimento da Região Autónoma da Madeira, Lisboa, 2008*
- *Relatório da inspecção aos centros de emprego. Programas de apoio à criação de emprego, 2011*
- *Relatório sobre o Sistema Prisional, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1996*
- *Relatório sobre o Sistema Prisional, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 1998*
- *Relatório sobre o Sistema Prisional, Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, Lisboa, 2003*
- *Relatórios sociais. Imigração, direitos das mulheres, infância e juventude, protecção da saúde, sistema penitenciário, Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, Lisboa, 2008*

Warsmann J.-L., *Rapport n° 892 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République, 15 mai 2008*

VII Congresso anual da Federação Iberoamericana de Ombudsman. Ombudsman – Novas competências. Novas funções, Lisboa, 18 a 20 de novembro de 2002, Lisboa, 2004

XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Gabinete de Estudios y Documentación del Defensor del Pueblo, Madrid, 2002

Une Ve République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, La Doc. fr., Paris, 2007

ARTICLES DE DOCTRINE

Aguado i Cudola V., « El visado : discrecionalidad y control judicial en materia de extranjería », in *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La justicia administrativa*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 681

Aguiar de Luque L.,

- « Defensor del Pueblo », in M. Aragón Reytez (Dir.), *Temas básicas de Derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001, p. 228
- « El Tribunal constitucional y la función legislativa. El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión », *Revista de derecho político*, 1987, p. 9

Aguilar Fernández-Hontoria J., « A propósito del Defensor del Pueblo : los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares », *R.A.P.*, 1986, n° 109, p. 7

Albertí Rovira E., « La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas », *Documentación Administrativa*, 1992, pp. 230-231, p. 49

Alegre Ávila J.M., « El amparo constitucional : un asunto de ¿ nunca acabar ? », in L.M. Rebollo (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retordillo*, vol. II, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2008, p. 343

Alfonso Mellado C.L., « La mediación en el derecho positivo español », *R.S.S.L.*, 1991, n° 8-9, p. 29

Almela Vich C., « Algunas reflexiones en torno al procedimiento de habeas corpus », *A.P.*, 1996, p. 221

Alves Correia F., « Do Ombudsman ao Provedor de Justiça », in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n° especial, 1979, p. 3

Amaral M.L., « Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2002, vol. II, p. 11

Amselek P.,

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, p. 275
- « Le droit, technique de direction des conduites humaines », *Droits*, 1989, n° 10, p. 7
- « Norme et loi », *A.P.D.*, 1980, p. 89

Amson D., « L'institution du Médiateur : un coup d'épée dans l'eau », *J.C.P. G.*, 1973, I, 2547

Andriantsimbazoniva J., « L'enrichissement de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, vers un contrôle de fondamentalité ? », *R.F.D.A.*, 2002, p. 124

Anguita Susi A., « Algunas notas en torno a la presentación parlamentaria del Informe Anual por los Defensores del Pueblo », *Revista de derecho político*, 2005, n° 63, p. 203

Aragón Reyes M., « Información parlamentaria y función de control », in *Instrumentos de información de las cámaras Parlamentarias*, Centro de estudios constitucionales, Cuadernos y Debates n° 52, Madrid, 1994, p. 13

Araulo J.O., « El recurso de amparo en el ultimo proceso constituyente español », *R.C.G.*, 1998, p. 165

Ardant Ph.,

- « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, P.U.F., Editions du Juris-classeur, Paris, 1999, p. 731
- « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs, La liberté*, 1998, n° 84, p. 61

Arocha Hernandez F., « Le "Fiscal general de la República" au Venezuela », *R.F.A.P.*, 1992, p. 681

Aroso de Almeida M., « Considerações sobre o novo regime do contencioso administrativo », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra editora, Boletim da Faculdade de direito, Universidade de Coimbra, 2005, p. 13

Astarloa Villena F., « Una introducción al Defensor del Pueblo », *Cuadernos de la Catedra Fabrique Furió Ceriol 2*, Valencia, 1993, p. 75

Auby J.-B., « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *R.D.P.*, 1991, p. 331

Auer A., « Les droits fondamentaux et leur protection », *Pouvoirs*, 1987, n° 43, p. 87

Aumond F., « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *R.F.D.A.*, 2011, p. 913

Autin J.-L.,

- « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.*, 1988, p. 1214
- « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Libertés*, fasc. 300, 01 mai 2009
- « Le statut du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 421
- « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.*, 1988, p. 333
- « Les exceptions d'irrecevabilité soulevées par les parlementaires français », *R.D.P.*, 1983, p. 687
- « La décision du Conseil constitutionnel relative à l'audiovisuel », *R.A.*, 1989, p. 223

Auvret-Finck J., « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin? », *R.D.P.*, 1995, p. 131

Aznar López M.,

- « El Defensor del Pueblo como gestor de casos sanitarios y sociales », *Políticas sociales en Europa*, 2009, n° 25-26, p. 23
- « El Defensor del Pueblo y la protección del derecho a la seguridad social », *Las Cortes Generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 639
- « La perspectiva de los profesionales y usuarios del sistema », in *Jornadas Décimo Aniversario del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La coordinación en el ámbito sanitario. Perspectivas de futuro*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998, p. 155

Bachelar Gouveia J., « Inconstitucionalidade por omissão – Consultas directas aos cidadãos a nível local », *O Direito*, 1990, p. 420

Bachelier G., « Le référé-liberté », *R.F.D.A.*, 2002, p. 261

Bachmaier Winter L., « La reforma del recurso de amparo en la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo », *Diario La Ley*, 2007, n° 6775, p. 1616

Badinter R., « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2008, p. 39

Badinter R., Prado le D., Charrière-Bournazel C. et Chaton B., « La question prioritaire de constitutionnalité en débat », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 20

Baghestani L.

- « A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », *Petites affiches*, 2010, n° 32, p. 4
- « A propos de la loi organique et de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2011, n° 205, p. 5

Bandrac M., « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1995, p. 1

Bar Cendón A.

- « El Defensor del Pueblo en el Ordenamiento jurídico Español », in Ramirez M., *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, p. 299
- « La regulación jurídica de los defensores del pueblo regionales : ¿ cooperación o conflicto ? », *Revista de derecho político*, 1983, n° 18-19, p. 77

Baranès W. et Frison-Roche M.-A., « Le souci de l'effectivité du droit », *D.*, 1996, p. 301

Barbieri J.-F., « Profusion des lois, confusion du droit », *La vie judiciaire*, 1993, n° 2467, p. 4

Baudot P.-Y. et Revillard A., « Le Médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *R.F.A.P.*, 2011, p. 339

Béchillon de D.

- « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en cour suprême », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 120
- « Comment légitimer l'office du juge ? », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (Dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 470

- « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, p. 225
- « Renouveler les libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 143

Belloubet-Frier N., « Le principe d'égalité », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 152

Benetti J., « La question prioritaire de constitutionnalité – La genèse de la réforme », *A.J.D.A.*, 2010, n° 2, p. 74

Berger G., « Juges, avocats, plaideurs, accusés, Notes psychologiques », in *La justice*, Centre de sciences politiques de Nice, P.U.F., 1961, p. 229

Bermejo Vera J.,

- « El Defensor del Pueblo y las figuras similares autonómicas : alcance de la coordinación y cooperación », *R.E.D.A.*, 1990, n° 68, p. 509
- « La fórmula extrajudicial, como alternativa al proceso », in *La justicia administrativa, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 198

Bernaud V. et Fatin-Rouge Stéfanini M., « La réforme du contrôle de constitutionnalité une nouvelle fois en question ? Réflexions autour des articles 61-1 et 62 de la Constitution proposés par le comité Balladur », in *Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008 ?*, *R.F.D.C.*, 2008, numéro hors-série, p. 169

Biancarelli J. et Barraud G., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges ? (A propos de la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010) », *Petites affiches*, 2010, n° 104, p. 4

Blanco de Morais C., « As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa », *Revista da Ordem dos Advogados*, janeiro 2001, Ano 61, p. 101

Bockel A.,

- « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.*, 1978, p. 355
- « La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable », *D.*, 1970, p. 29
- « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, Economica, Paris, 1982, p. 43

Boiteau C., « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 10

Bolle P.-H., « Les lenteurs de la procédure pénale », *R.S.C.*, 1982, p. 291

Bon P.,

- « Amparo (recours d') », in J. Andriantsimbazovina (Dir.) et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, P.U.F., 2008, p. 31
- « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », in D. Maus D. et P. Bon (Dir.), *La nouvelle république brésilienne*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1991, p. 223
- « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 123
- « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009 », *R.F.D.A.*, 2009, p. 1107
- « Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1065

- « Les droits et libertés en Espagne. Eléments pour une théorie générale », in *10 ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*. Actes du Colloque de Bordeaux, 29-30 mars 1990, Editions du C.N.R.S., coll. de la maison des pays ibériques, Paris, 1991, p. 34
- « Les révisions de la Constitution portugaise », *Politeia*, 2007, n° 11, p. 253
- « Premières questions, premières précisions », *R.F.D.A.*, 2010, p. 679
- « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 2, p. 49
- « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2008, p. 51

Bonichot J.-C., « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 81

Borrajo Iniesta I., « ¿ Por qué el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental ? », in L.M. Rebollo (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retordillo*, Vol. II, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2008, p. 1305

Borrillo D. et Chappe V.-A., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 369

Bot le O., « La juridiction administrative à l'heure de la question prioritaire de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 2, p. 245

Botoko-Claeyssen C., « Le référé-liberté vu par les juges du fond. Analyse des premières décisions de dix tribunaux administratifs », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1046

Bourdieu P.,

- « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, janvier 1973, p. 1292
- « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, p. 3
- « Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1982, n° 43, p. 58
- « Les trois états du capital culturel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1979, vol. 30, p. 3

Bousta R.,

- « Contribution à une définition de l'ombudsman », *R.F.A.P.*, 2007, p. 387
- « Le Défenseur des droits : une apparence trompeuse d'innovation », in *VIIIème Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n°6, Mutations - aspects institutionnels nationaux*, *A.F.D.C.*, Nancy, juin 2011, [en ligne]. Disponible sur [www.droitconstitutionnel.org].

Braconnier S., « La régulation des services publics », *R.F.D.A.*, 2001, p. 43

Braibant G.,

- « Le droit et l'équité dans la protection du citoyen à l'égard de l'administration », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, Economica, Paris, 1982, p. 99
- « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 283
- « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », *R.F.A.P.*, 1992, p. 687
- « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoirs », *E.D.C.E.*, 1961, p. 53

Bravo Iglesias J.J., « La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales : procedimientos específicos de garantía », in *Los derechos fundamentales y libertades publicas (II)*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 37

Brimo A., « Réflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 145

Brito M., « Acesso ao direito e aos tribunais », *O direito*, 1995, n° 3-4, p. 351

Broyelle C., « Les mesures ordonnées en référé », *R.F.D.A.*, 2007, p. 73

Cadiet L.,

- « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 87
- « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », in *L'américanisation du droit*, *A.P.D.*, 2001, tome 45, p. 89

Calle Meza M.L., « Tipología de los actos parlamentarios sin valor de Ley y su control constitucional : Relaciones con la Teoría General de los Derechos Fundamentales », *R.C.G.*, 2000, n°49, p. 171

Camby J.-P., « Le référendum et le droit (à propos du référendum du 24 septembre 2000) », *R.D.P.*, 2001, p. 3

Camós Ramió M., « Delimitación competencial y coordinación entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social », in M.J. Montoro Chiner (Coord.), *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La justicia administrativa*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 373

Cano Mata A., « Los ciudadanos y su posible intervencion en el recurso de amparo y demas impugnaciones residenciadas en el Tribunal constitucional », *R.A.P.*, 1985, n° 106, p. 171

Capitant D., « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France », in *mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 131

Capitant R., « De la nature des actes de gouvernement », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 99

Carballo Armas P., « El "Defensor del Pueblo" en iberoamérica. Una perspectiva comparada », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 435

Carballo Martínez G., « El Defensor del Pueblo y los limites de la competencia universal », *B.I.M.J.*, Madrid, 1995, n° 1756, p. 4992

Carcassonne G., « Libertés : Une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, 2009, p. 5

Cardoso da Costa M., « La Cour constitutionnelle portugaise face à une Constitution en changement », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 71

Carpentier Ch., « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *R.I.E.J.*, 1993, n° 30, p. 143

Carpentier E., « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », *R.F.D.A.*, 2006, p. 661

Carrió G., « Sobre la administración de justicia y el derecho de la jurisdicción », *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense, Facultad de derecho, Madrid, 1988-89, n° 5, p. 41

Carro Fernandez-Valmayor J.L.,

- « Defensor del Pueblo y la Administración Pública », in *Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría, Estudios sobre la Constitución española. La Corona, las Cortes generales, del gobierno y de la administración pública*, Tomo III, Editorial civitas, Madrid, 1991, p. 2669
- « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras autonómicas afines. Una propuesta de reflexión », *R.E.A.L.A.*, 1989, n° 243, p. 527

Cascajo Castro J.L.,

- « Notas sobre el amparo constitucional », *R.V.A.P.*, 1982, n° 4, p. 45
- « Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho : une perspectiva teórica », *R.V.A.P.*, 1989, n° 24, p. 43

Cassia P., « Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2009, p. 2193

Cassin R., « droits de l'homme et méthode comparative », *R.I.D.C.*, 1968, p. 449

Castán Tobeñas J., *La Equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950

Castañeda Otsu S., « El fortalecimiento del Ombudsman de América Latina y su rol como factor de democratización », in *XV Curso interdisciplinario en derechos humanos*, San José, Costa Rica, 16-27 juin 1977, [en ligne]. Disponible sur [www.iidh.ed.cr]

Chacón Alonso M., « El Defensor del Pueblo y Administración militar », *R.E.D.M.*, 1988, n° 52, p. 339

Champeil-Desplats V.,

- « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, Frontières du droit, critique des droits*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 251
- « Effectivité des droits de l'homme : approche théorique », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris X, 2008, p. 11
- « la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D*, 1995, p. 323
- « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (Dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Paris, 2005, p. 11

Chapus R.,

- « De la valeur juridique des PGD et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, p. 99
- « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, p. 5
- « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, p. 265

Chassin C.-A., « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux à travers le recours d'*amparo* constitutionnel en Espagne », in *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux*, C.R.D.F., 2002, n° 1, p. 33

Chemillier-Gendreau M., « L'Etat de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 57

Chevallier J.,

- « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 896
- « For intérieur et contrainte institutionnelle », in *Le for intérieur*, P.U.F., Paris, 1955, p. 251
- « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, *Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, p. 361
- « La politique française de modernisation de l'administration », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 69
- « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 443
- « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 57
- « Le juge constitutionnel et l'effet Becket », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 83
- « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP. G.*, 1986, I, 3254
- « L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1988, n°1, p. 313
- « La mondialisation de l'Etat de droit », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant*, *Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 325
- « La normativité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, *Etudes et doctrines*, 2006, n° 21, p. 56

Chrétien P., « 1973-1983, Dix ans de médiation », *R.D.P.*, 1983, p. 1259

Clainche le M. et Wiener C., « Du fatalisme au volontarisme », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 81

Clainche le M.,

- « L'ombudsman, cet inconnu », *R.F.A.P.*, 1992, p. 563
- « Une institution au service de l'équité. Le Médiateur de la République », *Les Cahiers de la fonction publique*, oct. 1987, p. 19

Clapié M., « Le Conseil d'Etat et le préambule de la Constitution de 1946 », *R.A.*, 1997, p. 278

Claussade de J., « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? », *J.C.P. G.*, 2006, n° 12, I.121

Cliquennois M., « Variations actuelles du droit au juge », in *Etudes en l'honneur de Pierre Sandevoir*, *Service public, services publics*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 14

Cluzel-Metayer L., « Réflexions à propos de la saisine du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 447

Codes Calatrava J.M., « El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes generales », in *Teoría y Realidad Constitucional*, *El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 389

Cohen D., « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 113

Cohendet M.-A., « Légimité, effectivité et validité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, p. 201

Cohen-Jonathan G., « Le droit au juge », in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, p. 471

Colin F., « Un *amicus curiae* en devenir : le délégué du Défenseur des droits », *D.A.*, n° 7, Juillet 2012, étude 12, p. 9

Collet M., « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un Etat en crise ? », in *Les autorités administratives indépendantes, Regards sur l'actualité*, La Doc. fr., Paris, 2007, p. 5

Colomer Viadel A.,

- « El Defensor del Pueblo : un órgano político administrativo de protección de los derechos », *Revista de derecho político*, 2008, n° 71-72, p. 59
- « La independencia del Defensor del Pueblo frente a los partidos políticos », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 353

Combarrous M., « L'équité et le juge administratif », *Justices*, 1998, n° 9, p. 77

Connil D., « L'imprescriptibilité du crime contre l'humanité devant le juge administratif ? », in S. Niquège (Dir.), *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, Paris, 2010, p. 83

Corbion L., « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle », *Jurisclasseur civil code, art. 1^{er} à art. 10, Publication, effets et application des lois, art. 4*, à jour au 1^{er} décembre 2007

Cornu G., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », *R.I.D.C.*, 1997, p. 313

Costa J.-P.,

- « L'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.*, 1995, p. 227
- « le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 75
- « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'Etat », *R.A.*, 1985, p. 543
- « Un couple mal connu. Science administrative et Etat de droit », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 121
- « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 141

Courtin M., « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des tribunaux administratifs », *Gaz. Pal.*, 1987, doct., p. 467

Creux-Thomas F., « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *J.C.P. G.*, 2009, n° 51, 558

Cruz Villalon P.,

- « Sobre el amparo », *R.E.D.C.*, 1994, p. 9
- « Le contrôle a priori en Espagne, vingt ans après sa suppression », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 95

Daniel J. et Bailly M., « Le Défenseur des droits », *J.C.P. S.*, 2011, n° 27, 1320

- David R.**, « La doctrine, la raison, l'équité », *R.R.J., Droit prospectif*, 1986, n° 1, p. 131
- Debbasch Ch.**, « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, L.G.D.J, Paris, 1974, p. 343
- Debene M.**, « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *A.J.D.A.*, 1978, p. 531
- Delaunay B.**, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*. Actes du colloque organisé les 10 et 11 juin 2010 par l'Association française pour la recherche de droit administratif au Pôle universitaire de gestion de l'université de Bordeaux, 2011, Litec, Paris, p. 211
- Delcourt D.**, « La question "prioritaire de constitutionnalité" : chronique d'un succès programmé », *R.R.J., Droit prospectif*, 2010, n° 2, p. 1249
- Delebarre M.**, « Au plus près du citoyen », *R.F.A.P.*, 1992, p. 561
- Denaja S.**, « Le Défenseur des droits », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 499
- Denoix de Saint Marc R.**,
- « L'indifférence du juge administratif », *R.A.*, 1998, n° 301, p. 78
 - « Le Conseil d'Etat et les "actes parlementaires" », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 273
 - « Le temps du juge », *R.A.*, 2000, n° spécial, p. 25
- Dero-Bugny D.**, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par la juridiction administrative », *D.A.*, 2006, n° 10, p. 5
- Dezallai A.**, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *R.F.D.A.*, 2011, p. 925
- Díaz Crego M.**, « Defensor del Pueblo y justicia constitucional : entre la declaración de intenciones y el exceso competencial », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 307
- Díaz Delgado V.J. et Escuin Palop V.**, « La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales », *R.A.P.*, 1988, n° 117, p. 193
- Diez-Picazo Gimenez I.**, « El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley », *R.E.D.C.*, 1991, n° 31, p. 75
- Dionnet J.-P.**, « La contribution de la pétition à l'évolution politique dans l'histoire contemporaine : évocation d'une difficile intégration », *Droits*, 2003, n° 37, p. 173
- Domino X. et Bretonneau A.**, « Dix ans d'urgences », *A.J.D.A.*, 2011, p. 1369
- Donnat F.**, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *D.*, 2010, p. 1640
- Donnedieu de Vabres J.**, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *E.D.C.E.*, 1949

Dord O., « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *A.J.D.A.*, 2011, p. 958

Drago G.,

- « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265
- « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *R.F.D.C.*, 2010, p. 761
- « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *D.A.*, juin 2004, étude 11, p. 7

Drai P., « Etre juges... et juger... », *R.F.D.A.*, 1990, p. 694

Drexler J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés », *R.I.D.E.*, 2003, p. 387

Dreyer E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, 2006, p. 748

Dubourg-Lavroff S., « Le droit de pétition en France », *R.D.P.*, 1992, p. 1733

Duhamel O., « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 183

Dumat Ch., « Le Défenseur des droits », *Petites affiches*, 2009, n° 212, p. 4

Dupeyroux O., « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.*, 1983, p. 565

Durão Barroso J., « O Processo de democratizaçõ : uma tentativa de interpretação a partir de uma perspectiva sistématica », in M.B. (Coord.), *Portugal - O Sistema Político e Constitucional*, Instituto de Ciências Sociais. Universidad de Lisboa, 1989, p. 39

Dutheil de la Rochère J., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite », *R.T.D.E.*, 2010, n° 3, p. 577

Eklundh C., « La experiencia del ombudsman sueco en la actualidad », in *Congreso internacional sobre la experiencia del ombudsman en la actualidad*, Comisión nacional de derechos humanos, Mexico, 1992, p. 105

Escobar Roca G.,

- « Las defensorías del pueblo y la protección de los derechos humanos », in M. Guedan et M. Iraizoz, *Las defensorías del pueblo, un puente entre la ciudadanía y el estado en américa latina*, Trama editorial, 2006, p. 122
- « Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro) », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 238

Esteves de Oliveira R., « Processo executivo : algumas questões », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra editora, Boletim da Faculdade de direito, Universidade de Coimbra, 2005, p. 239

Fanjul Vicuña J.I., « La justicia gratuita en la Constitución », in J. Martínez-Simancas Sánchez et M. Aragón Reyes (Coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Vol. 2, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 2041

Fauconnet P. et Mauss M., « La sociologie : objet et méthode », in M. Mauss, *Essais de sociologie*, Seuil, coll. « Points. Essais », 1971, p. 6

Favoreu L.,

- « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *R.F.D.C.*, 1990, p. 71
- « A evolução e a mutação do direito constitucional francês », in S. Resende de Barros et F.A. Zilveti (Coord.), *Direito constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialética, São Paulo, 1999, p. 211
- « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *R.F.D.A.*, 1987, p. 544
- « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 581
- « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif devant le juge des référés », *D.*, 2001, p. 1739
- « La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 265
- « Légalité et constitutionnalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrines*, 1997, n° 3, p. 73
- « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *R.D.P.*, 1967, p. 65
- « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *A.I.J.C.*, 1988, vol. IV, p. 51
- « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 607

Favre J. et Tardivel B., « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle" », *R.D.P.*, 2000, p. 1411

Fernanda Maçãs M., « As formas de tutale urgente previstas no código de processo nos tribunais administrativos », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra editora, Boletim da Faculdade de direito, Universidade de Coimbra, 2005, p. 211.

Fernández Farreres G., « La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional – Comentario a la ley orgánica 6/2007 de 24 de mayo », *R.E.D.C.*, 2007, n° 81 p. 11

Fernández Rodríguez J.J.,

- « Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas : reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 259
- « La inconstitucionalidad por omisión en Portugal », *R.D.E.S.*, 1995, p. 265

Fernández Segado F.,

- « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas », *R.C.G.*, 2008, n° 75, p. 7
- « El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España », in *Estudios jurídico-constitucionales*, Universidad nacional autónoma de México, México, 2003, p. 153

Fernandez Valverde R., « Los actos del gobierno en la ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la jurisdiccion contencioso-administrativa », in J. Garberi Llobregat, (Dir.), *La nueva ley de la jurisdiccion contencioso-administrativa. Estudio y aplicacion practica de la ley 29/1998*, Colex et ICSE, Madrid et Las Palmas, 1999, p. 61

Ferraiuolo P., « La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : le point de vue du praticien », *Petites affiches*, 2010, n° 43, p. 3

Ferry L. et Renaut A., « Droits-libertés et droits-créance. Raymond Aron critique de Friedrich-A. Hayek », *Droits*, 1985, n° 2, p. 75

Fils E., « La CNDS est-elle soluble dans le Défenseur des droits », *J.C.P. G.*, 2009, n° 49, II, p. 8

Flauss J.-F.,

- « Le droit à un recours effectif – L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1991, p. 324
- « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. Soc.*, 1982, p. 645

Folchi I. et Bayona A., « La defensa de los derechos fundamentales y de las libertades publicas en el ambito de las comunidades autonomas. Instituciones similares al Defensor del Pueblo », *R.V.A.P.*, 1983, n° 6, p. 73

Fonseca da G., « Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade », in *Scientia Juridica*, tomo XXXIII, 1984, p. 455

Fortier J.-C., « La justice administrative est-elle gratuite ? », *A.J.D.A.*, 1967, p. 153

Fouletier M., « La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif. La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *R.F.D.A.*, 2000, p. 963

Freitas do Amaral D., « O princípio da justiça no artigo 266° da Constituição », in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 686

Frison-Roche M.-A., « Autorités administratives incomprises (AAI) », *J.C.P. G.*, 2010, n° 48, 1166

Fromont M.,

- « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1977, p. 49
- « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », *R.F.D.A.*, 2002, p. 554

Gadhoum P.-Y.,

- « Repenser la priorité de la QPC », *R.D.P.*, 2010, n° 6, p. 1709
- « L'amélioration de la fabrication des lois. Entre rénovation et révolution », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1872

Garant P., « Du Protecteur du citoyen québécois au Médiateur français (l'ombudsmanie en francophonie) », *A.J.D.A.*, 1973, p. 237

Garberi Llobregat J., « Una breve aproximacion al control jurisdiccional de los "actos politicos" en la nueva ley de la Jurisdiccion contencioso-administrativa », in *Homenaje al Profesor Dr. D. Ramon Martin Mateo, El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, tome II, Tirant lo Blanch, Valence, 2000, p. 2301

García Álvarez M. et García López R., « El Modelo de Estado Social ante la Reforma de los Estatutos de Autonomía : Reconocimiento y Garantía Institucional de los Derechos Sociales », *Revista Jurídica de Castilla y León*, número monográfico, *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, 2006, p. 379

García Cuadrado A., « El derecho de petición », *Revista de derecho político*, 1991, n° 32, p. 119

García Pelayo M.,

- « Auctoritas », in *Obras Completas*, tomo II, CEC, Madrid, 1991, p. 1859
- « El status del Tribunal constitucional », *R.E.D.C.*, 1981, n° 1, p. 11

García-Trevijano Garnica E., « Sobre el caracter subsidiario del recurso de amparo constitucional », *R.E.D.T.*, 1993, vol. 60, p. 637

Gardin A., « La HALDE face aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes » in P. Adam et B. Bossu (Dir.), « Chronique de droit du travail (3^e partie) », *Petites affiches*, 2011, n° 114, p. 7

Garrec le J., « Efficacité et démocratie administratives », *R.F.A.P.*, 1988, p. 69

Garrido Falla F., « El artículo 53 de la Constitución », *R.E.D.A.*, 1979, n° 21, p. 173

Garrido López C., « Fundamento y virtualidad de los acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios autonómicos », in M.A. Aparicio Pérez (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 601

Garrigou-Lagrange J.-M., « L'obligation de légiférer », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 305

Gaudemet Y., « La conformité des lois à la Constitution (à propos de la révision constitutionnelle : ou pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué) », *D.*, 2008, p. 1703

Gazier F. et Cannac Y., « Les autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.*, 1983-1984, n°35, p. 28

Gély D., « Le Défenseur du Peuple espagnol en modèle », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1481

Gendreau A., « Médiateur européen : un nouveau mode de règlement des conflits », *Bull. euro. et int.*, 1996, n° 5, p. 2

Genevois B.,

- « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *R.F.D.A.*, 2000, p. 715
- « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. À propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *R.F.D.A.*, 2010, p. 1

Genieys W., « La grande transformation de l'administration publique en Espagne. Une transition sans épuration », in F. Dreyfus (Dir.) et alii., *L'administration dans les processus de transition démocratique*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2004, p. 71

Georgel J. et Matutano E., « Médiateur de la République », *Jurisclasseur administratif*, fasc. n°1007, janvier 2008

Gil Robles Á.,

- « Aperçu sur l'institution espagnole du Défenseur du Peuple », *E.D.C.E.*, 1984, n° 35, p. 87
- « Défenseur du Peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *R.F.A.P.*, 2011, p. 477
- « El Defensor del Pueblo e instituciones similares de ámbito territorial reducido », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1981, n° 4, p. 27

- « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », in *Libro Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Universidad Autónoma de Centroamérica. Colegio Santo Tomás de Aquino, San José, 1994, p. 241
- « Le Défenseur du Peuple espagnol et la justice », *R.F.A.P.*, 1992, p. 663
- « Le respect de la légalité par les autorités locales en Espagne. Le rôle du Défenseur du Peuple », *E.D.C.E.*, 1993, p. 475

Gimeno Sendra V.,

- « Los organos colaboradores de la justicia constitucional en Costa Rica y en España », *R.F.D.C.*, 1992, n° 34, p. 9
- « Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo », *R.E.D.C.*, 1982, n° 6, p. 43

Glénard G., « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », *A.J.D.A.*, 2003, p. 2008

Goesel-le Bihan V., « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Rapport français », *A.I.J.C.*, 2009, vol. XXV, p. 191

Goguel F., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil constitutionnel français », *R.I.D.C.*, 1981, n° 2, p. 433

Gomes Canotilho J.J., « O direito constitucional passa; o direito administrative passa também », in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 705

Gómez Fortes B., « La Constitución contorsionista de Portugal », in A. Barreto, B. Gómez Fortes, P. Magalhães (Dir.), *Portugal : democracia y sistema político*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2003, p. 47

Gomez-Ferrer Morant R., « La tutela judicial efectiva como derecho fundamental », in L. Martín-Retordillo Baquer (Dir.), *De la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Seminario de Profesores de la facultad de derecho*, Institucion « Fernando el catolico », Zaragoza, 1985, p. 9

González Amuchastegui J., « El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales », *Anuario de derechos fundmaentales*, 1981, Ed. Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1982, p. 297

González Pérez J., « Nuevos sistemas de control de la Administración pública », *R.E.D.A.*, 1979, p. 399

Gonzalez Salinas P., « Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalizacion de los actos politicos del gobierno », *R.E.D.A.*, 1993, p. 493

Gosalbo Bono R., « Maastricht et les citoyens : le Médiateur européen », *R.F.A.P.*, 1992, p. 639

Gourdou J., « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995 », *R.F.D.A.*, 1996, p. 333

Grewe C., « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.U.D.H.*, 2000, p. 85

Guaita Martorell A., « El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los organos legislativos », in *Las Cortes generales*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 1393

Guasch J., « La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'amparo en Espagne », *A.I.J.C.*, 1992, p. 25

Guettier C., « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *A.J.D.A.*, 1996, p. 66

Guillaume M., « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2010, n° 38, p. 3

Guillaume-Hofnung M.,

- « La médiation hors du champ administratif – son avenir », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 651
- « La médiation », *A.J.D.A.*, 1997, p. 30

Guinchard S., « Le procès équitable : droit fondamental ? », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 191

Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, « El ombudsman o defensor del ciudadano », *R.E.V.L.*, 1977, n° 196, p. 817

Gunther R., « La democracia portuguesa en perspectiva comparada », in A. Barreto, B. Gómez Fortes, P. Magalhães (Dir.), *Portugal : democracia y sistema político*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2003, p. 12

Gurvitch G., « La multiplicité des temps sociaux », in G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie. Antécédents et perspectives*, tome II, P.U.F., Paris, 2ème éd. remaniée, 1963, p. 325

Gutmann D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, P.U.F., Editions du Juris-classeur, Paris, 1999, p. 329

Guyomar M. et Collin P., « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'Etat juge d'appel », *A.J.D.A.*, 2001, p. 153

Haas T., « Les décisions insusceptibles de recours », in *Justice et cassation, l'accès au juge*, 2008, p. 110

Habib L., « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1986, p. 695

Hamon L. et Thibaud P., « Le Conseil constitutionnel et la démocratie », *Le débat*, 1987, n° 43, p. 65

Hauriou M.,

- « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », in *Aux sources du droit*, Cahiers de la nouvelle journée, 1933, p. 195
- « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906, p. 134
- « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 233

Hébraud P., « La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in A. Brimo et G. Marty (Dir.), *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Editions A. Pédone, coll. Philosophie comparé du droit et de l'Etat, Paris, 1969, p. 175

Herrera C.M., « Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social », *R.U.D.H.*, 2004, p. 32

Holmgren K., « La protection des administrés en droit suédois et la charge de l'Ombudsman », *Dr. soc.*, 1969, p. 69

Igartua Salaverría J., « Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa », *R.E.D.A.*, 1996, n° 92, p. 535

Imbert P.-H., « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *R.D.P.*, 1989, p. 735

Izorche M.-L., « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *R.I.D.C.*, 2001, n° 2, p. 289

Jacoby D. et Robardet P., « Le Protecteur du citoyen du Québec comme agent de changement », *R.F.A.P.*, 1992, p. 611

Jacquelot J., « La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2010, p. 950

Jaluzot B., « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *R.I.D.C.*, 2005, n° 1, p. 29

Jan P., « La question prioritaire de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2009, n° 252, p. 6

Jarrosso Ch., « Le médiateur : questions fondamentales », in *Les médiateurs en France et à l'étranger*, Colloque organisé par le centre français de droit comparé avec le centre français du commerce extérieur, Société de législation comparée, 17 novembre 2000, p. 15

Jeanneau B., « Juridicisation et actualisation de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, 1989, p. 657

Jèze G., « Les lenteurs de la justice », *R.D.P.*, 1921, p. 377

Jouanjan O.,

- « La théorie allemande des droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, p. 44
- « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *R.U.D.H.*, 2004, p. 6

Julian P., « L'indispensable accélération de la procédure civile », *Ann. fac. droit de Lyon*, 1958, fasc. 18

Julien-Laferrière F., « Le droit d'asile enterré à peine découvert », in G. Koubi (Dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., 1996, p. 209

Kelsen H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution, (La justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 197

Keromnes G., « Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative », *Gaz. Pal.*, 1997, doct., p. 346

Kirse V. et Portelli H., « Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », *J.C.P. G.*, 2010, n° 28-29, p. 1468

Kovar R., « La notion de juridiction en droit européen », in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, p. 607

- Kraehe R.**, « Le Délégué parlementaire à la défense du Bundestag », *R.D.P.*, 1966, p. 545
- Labayle H.**, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *R.F.D.A.*, 2010, n° 4, p. 659
- Lacharrière de R.**, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, 1997, n° 13, p. 141
- Lagelle A.**, « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *R.J.O.*, 2009, n° 4, p. 443
- Langrod G.**, « Le commissaire parlementaire pour l'administration en Grande-Bretagne et la lutte contre la maladministration », *R.A.*, 1979, p. 80
- Lasserre-Kiesow V.**, « La compréhensibilité des lois à l'aube du 21^e siècle », *D.*, 2002, p. 1157
- Latournerie R.**, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, Sirey, 1952, p. 177
- Laubadère de A.**, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 531
- Laval N.**, « La bonne administration de la justice », *Petites affiches*, 1999, n° 160, p. 12
- Lavau G.**, « Du caractère non-suspensif des recours devant les juridictions administratives », *R.D.P.*, 1950, p. 777
- Lavroff D.G.**,
- « A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du Peuple », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 543
 - « La Constitution et le Temps », in M. Borgetto (Coord.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 207
- Leclercq C.**, « Le déclin de la voie de fait », *R.D.P.*, 1963, p. 657
- Lecucq O.**, « Existe-t-il un droit fondamental au séjour des étrangers », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1637
- Legatte P.**,
- « Le Médiateur de la République. Situation actuelle », *R.A.*, 1986, p. 431
 - « L'intervention du Médiateur de la République dans le domaine de l'équité », in Frydman P. (Dir.), *Justice, médiation et équité : Colloque Droit et Démocratie*, La Doc. fr., Paris, 1992, p. 16
- Leger P.**, « Le droit à un recours juridictionnel effectif », in F. Sudre et H. Labayle, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant-Nemesis, 2000, p. 199
- Legrand A.**,
- « L'ombudsman britannique », *R.D.P.*, 1969, p. 225
 - « Médiateur ou ombudsman », *A.J.D.A.*, 1973, p. 229
 - « Médiateur », *Rép. cont. adm.*, Dalloz, juin 2001
 - « Une institution universelle : l'ombudsman ? », *R.I.D.C.*, 1973, vol. 25, p. 854
 - « L'ombudsman parlementaire suédois 1970 – 1990. Une originalité persistante », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 575

Legrand P., « Comparer », *R.I.D.C.*, 1996, n° 2, p. 279

Lehtimaja L., « Le Médiateur et son action en faveur de la protection des citoyens », in *Une protection des droits plus proche des citoyens : le médiateur aux niveaux local et régional*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, p. 13

Lenoir N., « Le métier de juge constitutionnel », *Le débat*, 2001, n° 114, p. 178

Lesmes Serrano C., « Derecho orgánico judicial contencioso-administrativo », in F.J. Pueyo Calleja (Dir.), *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, Consejo general del poder judicial, Centro de documentación judicial, Madrid, 2005, p. 33

Letourneur M., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.*, Paris, 1951, p. 19

Letowska E., « L'ombudsman polonais et la défense des droits civiques », *R.F.A.P.*, 1992, p. 667

Levade A., « QPC 1, 2 et 3 : le Conseil d'Etat joue le jeu du renvoi ! », *D.*, 2010, n° 17, p. 1061

Liet-Veaux G., « La justice administrative au ralenti », *D.*, 1948, chron. 133

Lindon R. et Amson D.,

- « Le protecteur du citoyen (suite) », *J.C.P. G.*, 1972, tome I, 2453
- « Un "ombudsman" en France ? », *J.C.P. G.*, 1970, I.2322

Lingnau da Silveira L.,

- « O Provedor de Justiça », in M.B. Coelho (Coord.), *Portugal - O sistema politico e constitucional*, Instituto de Ciências Sociais. Universidad de Lisboa, 1989, p. 701
- « O Procurador-geral da República e o Provedor de Justiça », in J. de Figueiro Dias et alii, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, p. 819

Lochak D.,

- « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1986, n° 13, p. 41
- « Dissimuler la violence, canaliser la contestation », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (Dir.), *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 246
- « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 43
- « Le droit, discours de pouvoir », in *Etudes en l'honneur de Leo Hamon, Itinéraires*, Economica, Paris, 1982, p. 429

Lopes do Rego C., « O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do processo civil », in J. de Figueiro Dias et alii, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, p. 731

López Basguren A., « Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas. Su regulación en la Ley 36/1985 », *R.V.A.P.*, 1986, n° 14, p. 251

López de Foronda Vargas F., « Los defensores del pueblo y la selección de personal en las administraciones públicas », in *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, Oñati, 1997, p. 157

Luchaire F., « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », *R.I.D.C.*, 1981, n°2, p. 285

Lyon-Caen A., « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Petites affiches*, 2000, n° 213, p. 54

Machado J.E.M., « Breves considerações em torno do âmbito da justiça administrativa », in *A reforma da justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2005, p. 79

Maitre G., « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », in *Les autorités administratives indépendantes*, Regards sur l'actualité, La Doc. fr., Paris, 2007, n° 330, p. 15

Majza B., « Equité et droits fondamentaux », *C.R.D.F.*, 2002, n° 1, p. 79

Mano di T., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1996, p. 368

Marcon N., « Titre XI bis, le Défenseur des droits, article 71-1 », in F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot (Dir.), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 2008, p. 1681

Maronda Frutos J.L. et Tena Franco M.I., « El procedimiento de habeas corpus », *R.G.D.*, 1995, p. 1635

Marguénaud J.-P., « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *R.T.D. Civ.*, 2005, p. 341

Martín Rebollo L., « Nueve puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa », in M.J. Montoro Chiner (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 279

Marty G., « Droits de l'homme et droit comparé », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque liber*, tome IV, Pédone, Paris, 1972, p. 259

Massot J., « L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2010, n° 85, p. 3

Mathieu B.,

- « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *J.C.P. G.*, 2010, n° 44, p. 2038
- « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *J.C.P. G.*, 2009, n° 52, p. 54
- « Un état des lieux sans concession. A propos du rapport d'évaluation de la QPC du 5 octobre 2010 », *J.C.P. G.*, 2010, n° 47, p. 2152

Matutano E.,

- « Le Défenseur des droits », *Jurisclasseur administratif*, fasc. n° 77, décembre 2011
- « Une autorité constitutionnelle indépendante : le Défenseur des droits », *D.A.*, 2011, n° 8, étude n° 16

Maugüé C., « Les injonctions pour exécution de la chose jugée », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 591

Maus D., « La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 713

Medeiros R., « O estado de direitos fundamentais português : alcance, limites e desafios », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2002, vol. II., p. 23

Melleray F.,

- « Après les arrêts *Pelletier* et *Papon* : brèves réflexions sur une repentance », *A.J.D.A.*, 2002, p. 837
- « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1317
- « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *R.F.D.A.*, 2001, p. 1086

Ménard J.-C., « Le Défenseur des droits : "montre bureaucratique", "gadget constitutionnel" ou garantie effective des libertés ? », *Petites affiches*, 2008, n° 214, p. 4

Menéres Pimentel J., « Provedor de Justiça », in J. Pedro Fernandes (Dir.), *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. 6, Lisboa, 1994, p. 653

Mescheriakoff A.-S., « La place du médiateur dans les institutions françaises : un bilan de dix ans d'existence », *R.F.A.P.*, 1983, p. 533

Millard E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrines*, 2006, n° 21, p. 59

Miranda J.,

- « A abertura constitucional a novos direitos fundamentais », *Estudos em Homenagem a Gomes da Silva*, Coimbra editora, 2001, p. 559
- « La Constitution portugaise : du texte de 1976 à la révision de 1989 », *R.F.D.C.*, 1990, p. 363
- « Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa », *R.E.D.C.*, 1986, n° 18, p. 107
- « Os limites materiais de revisão constitucional », *R.J.*, 1990, n° 13-14, p. 7

Moderne F.,

- « La durée des instances », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, éd. CNRS, 1986, p. 61
- « Le juge constitutionnel face aux pouvoirs publics », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2001, vol. I, p. 61
- « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 43

Molfessis N.,

- « Droit fondamental, un label incontrôlé », *J.C.P. G.*, 2009, n° 25, p. 58
- « Abécédaire de la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2010, n° 45, p. 51
- « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, P.U.F., Editions du Juris-classeur, Paris, 1999, p. 141

Monette P.-Y., « De la médiation comme mode de résolution de conflits et ses différentes applications », *Symposium international de Bamako*, 1998, [en ligne]. Disponible sur [<http://democratie.francophonie.org>]

Montecler de M.-C.,

- « Le Défenseur des droits pourra être saisi directement par les citoyens », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1584
- « Le Défenseur des droits pourrait engager une action de groupe », *A.J.D.A.*, 2011, p. 68

– « Rétropédalage au Sénat sur le Défenseur des enfants », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1121

Monteiro Diniz A., « A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional », in J. de Sousa e Brito (Dir.), *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 199

Montoro Puerto M., « La alternativa Defensor del Pueblo-Ministerio Fiscal en la garantía jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas en España », *R.I.S.A.*, 1980, n° 46, p. 7

Montserrat Cuchillo I Foix, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol », *A.J.D.A.*, 1999, p. 757

Moore V., « Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans ? », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 623

Morand-Deviller J., « Les mécanismes non juridictionnels de protection des droits », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone : colloque international, 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993*, AUPELF-UREF, p. 485

Moreau J., « Internationalisation du droit administratif et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, Paris, 1994, p. 299

Moreira V., « Le Tribunal constitutionnel portugais : le "contrôle concret" dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 10, p. 21

Moreno Garcia M., « El Estado social y democratico de derecho (art. 1.1 CE) », in J. Martínez-Simancas Sánchez et M. Aragón Reyes (Coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Vol. 1, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 539

Mota H., « Le principe de la "liste ouverte" en matière de droits fondamentaux », in *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, P.U.A.M., coll. Droit public positif, Paris, 1989, p. 177

Múgica Herzog E.,

- « Memoria de la Transición política », in *España en la memoria de tres generaciones*, Editorial Complutense, Madrid : Fundación largo caballero, 2007, p. 120
- « El Defensor del Pueblo y los derechos de las personas "sin hogar" », *Temas para el debate*, 2009, n° 174, p. 23

Muir Watt H., « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, n° 3, p. 503

Nicolet C., « Constitutions et citoyens », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 101

Nicot S., « Il a fallu sauver le Tribunal constitutionnel... (la fin de l'illusion de de l'accès universel au juge de l'amparo constitutionnel ?) », *Revue d'actualités juridiques, l'Europe des Libertés*, 2008, n° 25, p. 9

Nieto A., « De le República a la Democracia : la Administración española del franquismo », *Civitas. R.E.D.A.*, octobre – décembre 1976, n° 11, p. 567

Niore V., « Le droit de la HALDE à être entendue par les juridictions civiles, pénales ou administratives est-il contraire aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *La revue de l'avocat conseil d'entreprises*, 2008, n° 103, p. 53

Nivet F., « Equité et légalité », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 157

Noguellou R.,

- « Le Défenseur des droits », *D.A.*, février 2011, p. 3
- « Le premier rapport du Défenseur des droits », *D.A.*, 2012, n° 8, alerte 40, p. 3

Núñez Rivero C. y Fernández Aller C., « El Defensor del Pueblo en centroamérica. Análisis comparado », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 451

Oberdoff H., « Le justiciable, le juge administratif et le temps », in *Quarantième anniversaire des tribunaux administratifs : le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, P.U.G., 1995, p. 281

Ocqueteau F. et Enderlin S., « La Commission nationale de déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *R.F.A.P.*, 2012, p. 381

Oehling Ruiz H., « El Defensor del Pueblo : algunos problemans de su adaptación orgánico-funcional », *R.E.P.*, 1991, n° 72, p. 89

Ogier-Bernaud V., « Le référé-suspension et la condition d'urgence », *R.F.D.A.*, 2002, p. 284

Overney S., « Le référé-suspension et le pouvoir de régulation du juge », *A.J.D.A.*, 2001, p. 714

Pacteau B., « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *R.F.D.A.*, 2000, p. 959

Palier B., « De la crise aux réformes de l'Etat-providence : Le cas français en perspective comparée », *Revue française de sociologie*, 2002, n° 43, p. 243

Parejo Alfonso L.,

- « Artículo 2.a) », *R.E.D.A.*, 1998, n° 100, p. 66
- « El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional – A propósito de la sentencia del Tribunal constitucional del 8 abril 1981 », *R.E.D.C.*, 1981, n° 3, p. 169

Pauliat H., « Le Défenseur des droits. Quelle place dans le concert européen ? », *Regards sur l'actualité*, La Doc. fr., Paris, 2011, n° 370, p. 68

Pauly W., « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in O. Jouajan (Dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 293

Pavia M.-L., « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches*, 1994, n° 54, p. 7

Pelletier J., « Vingt ans de médiation à la française », *R.F.D.A.*, 1992, p. 599

Pellissier G., « Aperçus sur le contentieux administratif espagnol », *R.F.D.A.*, 2008, p. 825

Pellon R.,

- « ¿Un "ombudsman" para España ? », *Documentacion administrativa*, abril-junio 1976, n° 170, p. 99
- « Las metamorfosis del "ombudsman" », *Documentación administrativa*, 1974, n° 161, p. 17

Pelloux R., « Vrais et faux droits de l'homme », *R.D.P.*, 1981, p. 53

Pérez Calvo A.,

- « Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la ley organica 3-1981 de 6 de abril », *Revista de derecho político*, 1981, n° 11, p. 67
- « Artículo 54. El Defensor del Pueblo », in O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996, p. 545
- « aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo », *Revista de derecho político*, 1979, n° 4, p. 79

Pérez Francesch J.L., « El Defensor del Pueblo en España: Balance de veinticinco años de experiencia constitucional », *R.E.P.*, 2005, n° 128, p. 59

Pérez Moreno A., « Justicia administrativa y fórmulas alternativas », in *Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entretena Cuesta, La justicia administrativa*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 175

Pérez Tremps P., « La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal », *R.V.A.P.*, 1994, p. 89

Pergola la A., « Ombudsman y Defensor del Pueblo : apuntes para une investigación comparada », *R.E.P.*, 1979, n° 7, p. 69

Petit S. et Cohen C., « La Halde a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *D.*, 2008, p. 1519

Philip L., « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 1975, p. 15

Philippe X.

- « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français... Réflexions après l'adoption de la loi organique », *R.F.D.C.*, 2010, n° 83, p. 273
- « Les propositions d'amélioration de la protection des droits fondamentaux », *R.F.D.C.*, n° hors-série, *Après le Comité Balladur, Réviser la Constitution en 2008 ?*, 2008, p. 209

Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 6

Pierot R., « Le Médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, L.G.D.J, Paris, 1974, p. 683

Pierucci A., « Le Médiateur européen », *R.M.C.U.E.*, 1993, p. 818

Pinay A., « Quelques réflexions sur l'institution du Médiateur », *R.A.*, 1973, p. 615

Pini J., « Le droit à l'environnement, droit fondamental ? », Association française des constitutionnalistes, deuxième Congrès français de droit constitutionnel, Bordeaux, 1993, p. 409

Piqueras Bautista J.A., « La infracción de los reglamentos de la camaras y la inconstitucionalidad », in *El Tribunal constitucional*, vol. III, Madrid, 1981, p. 2205

Pissaloux J.-L. et Minot L., « L'évolution des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral. À propos des arrêts d'assemblée du Conseil d'État du 14 décembre 2007 », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 221, p. 24

Plessix B., « Des droits nouveaux pour les citoyens », *J.C.P. G.*, 2008, I, p. 59

Pliakos A., « Le médiateur de l'Union européenne », *C.D.E.*, 1994, n° 5-6, p. 563

Poirmeur Y., « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes Juridiques, Paris, 1999, p. 295

Polin R., « Analyse philosophique de l'idée de légitimité », *Annales de philosophie politique*, 1967, n° 7, p. 17

Ponthoreau M.-C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, 2005, n° 1, p. 7

Pontier J.-M., « Pourquoi tant de normes ? », *A.J.D.A.*, 2007, p. 769

Porras Nadales A.J., « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport espagnol », in L. Favoreu (Dir.), *Etudes de droit constitutionnel Franco-espagnol*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1994, p. 65

Prétot X.

- « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. Soc.*, 1991, p. 187
- « Réflexions sur la justice administrative », *D.*, 1986, p. 271

Prieto Sanchís L.

- « El sistema de protección de los derechos fundamentales : el artículo 53 de la Constitución española », *Anuario de derechos humanos*, n° 2, Ed. de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 367
- « La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad », *Anuario de derechos humanos*, 1981, p. 364

Pugeault S., « Le juge administratif des référés, gardien des libertés », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, p. 401

Puget H., « Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura », *R.I.D.C.*, 1965, p. 5

Queiró A., « *Actos de governo* » e *contencioso de anulação*, Coimbra, 1970

Raynaud P., « Des droits de l'homme à l'Etat de droit », *Droits*, 1985, n° 2, p. 61

Redor M.-J., « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », in *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux*, *C.R.D.F.*, 2002, n°1, p. 91

Reid W., « Le commissaire parlementaire pour l'administration au Royaume-Uni », *R.F.A.P.*, 1992, n° 64, p. 591

Reimann M., « Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception », in *L'américanisation du droit*, *A.P.D.*, tome 45, 2001, p. 61

Rémond R., « Les Français et leur Constitution », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, p. 23

Renaudie O., « La genèse complexe du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 397

Renauld J.,

- « Réflexions sur la nature des droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1968, p. 149
- « Principes généraux du droit et équité », in *Mélanges en l'honneur de Ganshof van der Meersch*, 1972, tome II, p. 879

Renoux T.-S.,

- « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *R.T.D.Civ.*, 1993, p. 33
- « Le droit au recours juridictionnel », *J.C.P. G.*, 1993, I, 3675
- « Si le grain ne meurt... (à propos des droits et libertés) », *R.F.D.C.*, 1993, n° 14, p. 271
- « L'exception, telle est la question », *R.F.D.C.*, 1990, n° 4, p. 649

Renoux-Zagamé M.-F., « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, 1998, n° 9, p. 17

Retuerto Buades M., « El Defensor del Pueblo, institución de garantía no jurisdiccional del derecho nacional y comunitario », *R.C.G.*, 1993, n° 29, p. 7

Ribeiro Mendes A., « Os órgãos de fiscalização da constitucionalidade : Funções, competência, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado. Relatório do Portugal », in *I conferência da justiça constitucional da ibero-américa, Portugal e Espanha*, Sala do Senado da Assembleia da República, Lisboa, 1995, p. 689

Richer L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 3

Rideau J., « Le système de l'ombudsman », *Les droits de l'homme*, 1969, n° 2, p. 432

Rivero J. et Vedel G., « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Dr. Soc.* 1947, p. 13

Rivero J.,

- « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99
- « Dualité de juridiction et protection des libertés », *R.F.D.A.*, 1990, p. 734
- « La réforme du contentieux administratif », *A.J.D.A.*, 1953, p. 173
- « Le Conseil d'Etat, cour régulatrice », *D.*, 1954, p. 157
- « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p. 37
- « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Editions Sirey, Paris, 1963, p. 813
- « Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, p. 265

Robert J.,

- « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, p. 117
- « Le Conseil constitutionnel a-t-il démerité ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 861

Roblot-Troizier A.,

- « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *D.*, 2008, p. 1866
- « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *A.J.D.A.*, 2010, p. 80

Robollo M., « La justicia administrativa ante el texto constitucional », *R.E.D.A.*, 1978, n° 19, p. 519

Rodriguez Y., « Le "Défenseur du Peuple" ou l'ombudsman espagnol », *R.I.D.C.*, 1982, n° 4, p. 1225

Rousseau D. et Lévy D., « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 115-117, p. 12

Rousseau D.,

- « L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003, p. 885
- « La Constitution ou la politique autrement », *Le débat*, 1991, n° 64, p. 176
- « La QPC, évidemment eurocompatible, évidemment utile », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 180, p. 19
- « La question prioritaire de constitutionnalité validée. La décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *Gaz. Pal.*, 2009, n° 344, p. 4

Rouvillois F., « Retour sur la non-saisine du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2006, p. 457

Roux A., « Le nouveau Conseil constitutionnel : vers la fin de l'exception française ? », *J.C.P. G.*, 2008, n° 31, p. 48

Roux J., « La question prioritaire de constitutionnalité à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009 », *R.D.P.*, 2010, p. 233

Rouyère A.,

- « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *R.F.D.A.*, 2010, p. 887
- « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *Jurisclasseur Libertés*, Fascicule n° 250, janvier 2009

Rowat D.C., « Pourquoi un ombudsman parlementaire ? », *R.F.A.P.*, 1992, p. 567

Rubellin-Devichi J., « "Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits". A propos du rapport d'activité 2011 du Défenseur des enfants », *J.C.P. G.*, 2011, n° 49, p. 2395

Rubio Llorente F.,

- « El recurso de amparo constitucional », in *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal constitucional : 1979-1994*, CEC, Madrid, 1995, p. 125
- « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *A.I.J.C.*, 1996, vol. XII, p. 11

Ruiz César M., « El papel del Defensor del Pueblo en la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos », in *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. 3, Ministerio de Justicia, 1988, p. 2464

Ruiz Miguel C., « L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 10, p. 150

Ruiz Torres P., « Los discursos de la memoria histórica en España », *Hispania nova, Revista de Historia Contemporánea*, 2007, n° 7

Ruiz-Gimenez Cortes J., « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopía », in *Las Cortes generales*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 311

Ruiz-Rico Ruiz G. et Anguita Sussi A., « La reforma estatutaria y legal de los comisionados parlamentarios autonómicos », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 167

Runavot M.-C., « La "bonne administration" : consolidation d'un droit sous influence européenne », *R.F.D.A.*, 2010, p. 395

Sabete W., « A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours des pauvres droits ? », *D.*, 1999, p. 269

Sabourin P., « Réflexions sur les rapports des citoyens et de l'administration », *D.* 1978, p. 61

Sainz de Robles F., « El llamado silencio administrativo : un escándalo en el Estado de derecho », in *Estudios en homenaje del Profesor Jesús González Pérez, La protección de jurídica del ciudadano*, Ed. Civitas, 1993, tome I, p. 617

Sainz Moreno F., « Reducción de la discrecionalidad : el interés público como concepto jurídico », *R.E.D.A.*, 1976, n° 8, p. 63

Salas D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, 1998, n° 9, p. 109

Sales E., « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *R.D.P.*, 2004, n° 1, p. 207

Sánchez González S., « Los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica », *Revista de derecho político*, 1992, n° 36, p. 257

Sánchez López J., « Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo) », in F. Balaguer Callejón (Dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto andaluz de administración pública, Sevilla, 2008, p. 63

Sánchez Navarro A., « La difícil articulación de una nueva institución : el *Défenseur des Droits* francés », in *Teoría y Realidad Constitucional, El Defensor del Pueblo*, 2010, n° 26, p. 413

Sánchez Saudinós J.M.,

- « La insupportable levedad del ser : el Défenseur de los Derechos establecido en la Constitución francesa », *Cuadernos de Derecho Público, Monográfico : La reforma de la Constitución francesa*, 2008, n° 34-35, p. 147
- « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Guchet, Droit, politique et littérature*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 287

Santolini B., « Le Médiateur, aujourd'hui », *R.A.*, 1981, p. 195

Santos A.A., « Os limites materiais de revisão constitucional a luz da doutrina e do bom senso », in M.B. Coelho (Coord.), *Portugal - O Sistema Político e Constitucional*, Instituto de Ciências Sociais, Universidad de Lisboa, 1989, p. 1037

Sauve J.-M., « Etat de droit et efficacité », *A.J.D.A.*, 1999, p. 119

Savatier R., « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *D.*, 1951, p. 8

Scoffoni G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *R.I.D.C.*, 1999, n° 2, p. 243

Senghor R., « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 507

Sereno S., « L'audition de droit de la HALDE confrontée au principe d'égalité des armes – dans la perspective du projet de loi relatif au Défenseur des droits », *R.R.J., Droit prospectif*, 2010, n° 3, p. 1303

Serrano Alberca J.M., « Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales : un análisis del artículo 24 de la Constitución española », *Anuario de derechos humanos*, n° 3, Ed. de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 435

Serverin E. et Grumbach T., « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010: ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *R.D.T.*, 2010, p. 457

Simon D., « Le principe de "bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », in *Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux. Le droit de l'Union européenne en principes*, Apogée, Rennes, 2006, p. 155

Sinkondo M., « Le fabuleux destin de l'article 13 de la C.E.D.H. et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *R.R.J., Droit prospectif*, 2005, n° 1, p. 251

Slama S., « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *R.F.A.P.*, 2011, p. 461

Smith E., « Les fonctions symboliques des constitutions », in M. Troper et D. Chagnollaud (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, tome I, Dalloz, Paris, 2012, p. 784

Söderman J.,

- « El derecho fundamental a la buena administración », in *El paper dels defensors del poble en un món en transició*, Tribuna parlamentària, Parlament de les Illes Balears, 2001, p. 170
- « Les missions de l'ombudsman finlandais », *R.F.A.P.*, 1992, p. 585

Spire A. et Weidenfeld K., « Les usages sociaux de la justice administrative », *Tracés*, mars 2009, n° 9, Hors-série, p. 75

Stahl J-H., « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2008, p. 993

Stirn B.,

- « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 795
- « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *R.D.P.*, 2006, p. 129
- « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *A.J.D.A.*, 1990, p. 591
- « QPC – Six mois et déjà un nom », *J.C.P. G.*, 2010, n° 38, p. 1762

Takizawa T., « Les contrôles juridictionnels et non juridictionnels », *R.F.D.A.*, 1995, n° 73, p. 103

Tedeschi P., « Le Médiateur (Loi du 3 janvier 1973) », *R.A.*, 1973, p. 22

Teitgen-Colly C.,

- « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *R.F.A.P.*, 2011, p. 409
- « Le Défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *Petites affiches*, 2008, n° 254, p. 125

Terneyre Ph.,

- « Droit constitutionnel social. Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *R.F.D.C.*, 1990, p. 317
- « La Constitution devant le progrès économique et social », *Petites Affiches*, 1991, n° 155, p. 9
- « Le droit constitutionnel au juge et ses limites. Rapport Français », in L. Favoreu (Dir.), *Etudes de droit constitutionnel Franco-espagnol*, Economica, coll. Droit Public positif, 1994, p. 75
- « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in P. Bon (Coord.), *Etudes de droit constitutionnel franco-portugais. A propos de la révision de la Constitution portugaise*, Economica, coll. Droit public positif, Paris, 1992, p. 35

Terré F.,

- « Esquisse d'une sociologie du procès », *A.P.D.*, 1995, tome 39, p. 267
- « L'américanisme et le droit français », *Philosophie juridique*, 1995, n° 7, p. 137

Toharia J.J., « Los españoles y la Administración de la justicia », *Poder judicial*, 2^a época, 1986, n°1, p. 43

Tomas-Ramon Fernandez, « Los derechos fundamentales y la acción de los poderes publicos », *Revista de derecho político*, 1982, n° 15, p. 21

Tornos Mas J.,

- « Los ciudadanos y su posición jurídica », in T. Cano Campos (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo, Tomo IV, Las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, p. 13
- « Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos », *R.A.P.*, 1995, n° 136, p. 149

Troper M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, p. 49

Truchet D.,

- « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1595
- « Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 335

Turpin D.,

- « La protection par le contrôle de constitutionnalité des lois », in *Les droits de l'homme en question*, La Doc. fr., Paris, 1989, p. 183
- « Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel », *Droits*, 1985, p. 85

Tusseau G., « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 5

Uribarri A., « La relación de la institución del Defensor del Pueblo con las Cortes : el informe ordinario », in *El fortalecimiento del ombudsman iberoamericano*, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo de la Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, p. 85

Vallée L., « Inconstitutionnalité négative et question préalable de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1585

Van Compernelle J., « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable: les effectivités d'un droit processuel autonome », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et droits fondamentaux*, Litec, Paris, 2003, p. 471

Vandermeeren R.,

- « Commentaire de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *A.J.D.A.*, 2000, p. 706
- « Le référé-suspension », *R.F.D.A.*, 2002, p. 250
- « Permanence et actualité du droit au juge », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1102

Varela Suanzes-Carpegna J.,

- « Los derechos fundamentales en la España del siglo XX », in *Teoría y realidad constitucional*, 2007, n° 20, p. 473
- « La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo », *R.E.D.C.*, 1983, n° 8, p. 73

Vaz M.A., « A reserva de lei na Constituição de 1976 », *Anuário português de direito constitucional*, Coimbra Editora, 2006, vol. V, p. 143

Vedel G.,

- « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989*, P.U.F., 1989, p. 35
- « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 149

Vega de P., « Los órganos del Estado en el contexto político-institucional del proyecto de Constitución », in F.A. Roversi Monaco (éd.), *La Costituzione Spagnola nel trentennale delle Costituzione Italiana*, A. Forni, Bologna, 1978, p. 9

Vega Ruiz de J.A., « El habeas corpus », *B.I.M.J.*, 1983, p. 7

Verpeaux M.,

- « Il est né le Défenseur des droits. – A propos des lois du 29 mars 2011 », *J.C.P. G.*, 2011, p. 823
- « Le Conseil constitutionnel juge de la question prioritaire de constitutionnalité », *A.J.D.A.*, 2010, p. 88
- « Le nouveau "défenseur des droits des citoyens" est arrivé », *Petites affiches*, 2008, n° 97, p. 87

Verrier P., « Le Médiateur », *R.D.P.*, 1973, p. 941

Vialettes M., Courrèges A. et Robineau-Israël A., « Le temps de la justice administrative », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 833

Vilanova P., « Espagne, trente ans de démocratie : notes pour un bilan », *Pouvoirs*, 2008, n° 124, p. 5

Virally M.,

- « L'introuvable acte de gouvernement », *R.D.P.*, 1952, p. 317
- « Le phénomène juridique », *R.D.P.*, 1966, p. 5

Visiedo Mazon F.J., « El Defensor del Pueblo en el ambito de las cominidades autonomas : principales problemas que se plantean », in *Las Cortes Generales*, vol. 3, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 2298

Wachsmann P., « L'importation de la notion de "droits fondamentaux" en France », *R.U.D.H.*, 2004, p. 40

Waintrop F., « Ecouter les usagers : de la simplification à l'innovation », *R.F.A.P.*, 2011, p. 209

Waline J., « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *R.D.P.*, 1984, p. 1327

Weidenfeld K., « La perception de la justice administrative par les Français : le reflet abstrait d'une réalité ignorée », *Recherche Droit et justice*, Hiver 2008-2009, n° 31, p. 12

Weil P., « Le Conseil statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Ann. fac. droit d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 281

Wennergren B., « La maladministration en Suède », *R.F.A.P.*, 1988, n° 45, p. 101

Wiederkehr G., « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, Paris, 1995, p. 575

Willke H., « Diriger la société par le droit ? », *A.P.D.*, 1986, tome 31, p. 189

Woehrling J.-M.,

- « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *R.A.*, 1999, numéro spécial 7, p. 75
- « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Ed. de l'université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 341
- « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, L'Etat de droit*, Dalloz, Paris, 1996, p. 777

Yeng-Seng W., « Le médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire », *R.T.D.H.*, 2004, p. 527

Zagrebel'sky G., « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, p. 10.

Zarka J.-C.,

- « A propos de l'inflation législative », *D.*, 2005, p. 660
- « Le "Défenseur des droits" », *D.*, 2011, p. 1027
- « Le nouveau "défenseur des droits" », *Gaz. Pal.*, 2008, n° 241, p. 2

Zenati F., « Le procès, lieu du social », *A.P.D.*, 1995, tome 39, p. 239

« Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *R.D.P.*, 2008, p. 5

NOTES, COMMENTAIRES, CONCLUSIONS ET CHRONIQUES

Aït-El-Kadi Z., « Conditions matérielles d'accueil décentes des demandeurs d'asile », *A.J.D.A.*, 2009, p. 679

Alberti E., Bon P., Cambot P., Requejo Pages J.L.,

- Chronique sous STC 85/2003 du 8 mai 2003, *A.I.J.C.*, 2003, p. 655
- Chronique sous STC 99/2004 du 27 mai 2004, *A.I.J.C.*, 2004, p. 590
- Chronique sous STC 68/2005 du 31 mars 2005, *A.I.J.C.*, 2005, p. 496

Alcaraz H. et Lecucq O., « L'État des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau Statut de la Catalogne. Commentaire de l'arrêt 31/2010 du 28 juin 2010 », *R.F.D.A.*, 2011, p. 403

Amrani-Mekki S., « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 79-81, p. 11

Auby J.-M., « Le contrôle par le juge administratif de l'activité du Médiateur (C.E. Ass., 10 juillet 1981, Retail) », *R.D.P.*, 1981, p. 1687

Baghestani-Perrey L. et Verpeaux M., « Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement. Note sous CE (sect.) 25 septembre 1998 M. Mégret », *R.F.D.A.*, 1999, p. 345

Barloy F., « Le Conseil constitutionnel, la liberté individuelle et l'ordre public. A propos de la décision du 18 janvier 1995 sur la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité », *R.A.*, 1995, p. 483

Bergeal C., « Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires. Conclusions sur C.E. Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale », *R.F.D.A.*, 1999, p. 333

Boissard S., « Faute personnelle et faute de service : le partage des responsabilités entre l'Etat français et ses agents pour la déportation des Juifs sous l'Occupation. Conclusions sur C.E. Ass., 12 avril 2002, Papon », *R.F.D.A.*, 2002, p. 582

Bon P. et Moderne F., Chronique sous STC 15/1982 du 23 avril 1982, *A.I.J.C.*, 1985, p. 380

Boucher J. et Bourgeois-Machureau B., « Le juge administratif et le détenu », *A.J.D.A.*, 2008, p. 128

Brondel S., « Pouvoirs du juge pour imposer à l'Etat de remplir ses obligations à l'égard des demandeurs d'asile », *A.J.D.A.*, 2010, p. 2285

Cadiet L., « Droit judiciaire privé. Etudes », *J.C.P. G.*, 1997, 4064

Celier, Conclusion sur C.E. Ass., 30 janvier 1948, *Toprower, Sirey*, 1948, 3, p. 48

Chaltiel F.,

- « La responsabilité de l'Etat français et le régime de Vichy : nouveaux développements (A propos de l'avis du C.E. Ass., 16 février 2009) », *Petites affiches*, 2009, n° 54, p. 5

- « Des premières vicissitudes de la dichotomie entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité (A propos de la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010) », *Petites affiches*, 2010, n° 105, p. 6
- « La Cour de cassation persiste et signe sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Petites affiches*, 2010, n° 166, p. 3

Costa D., « Le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré est susceptible de recours pour excès de pouvoir », *A.J.D.A.*, 2003, p. 2090

Dagorne-Labbe Y., « La difficile mise en œuvre du droit à l'éducation de l'enfant handicapé », *D.*, 2011, p. 1126

Degoffe M., « La pesée contestable de la faute de service et de la faute personnelle pour le Conseil d'Etat dans l'affaire Papon », *R.D.P.*, 2002, p. 1511

Delaunay B., « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », *A.J.D.A.*, 2011, p. 817

Delaunay B., « La responsabilité de l'Etat du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites », *R.F.D.A.*, 2009, p. 525

Delmas Saint hilaire J.-P., « La pesée contestable de la faute de service et de la faute personnelle pour le Conseil d'Etat dans l'affaire Papon », *D.*, 2003, p. 647

Derepas L., « Le régime contentieux des décisions prises par le HALDE », *A.J.D.A.*, 2007, p. 2145

Deschamps E., « Le droit au logement n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative » *A.J.D.A.*, 2002, p. 818

Desclodures H., Note sous C.E. Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale, J.C.P. G.*, 1999, n° 21, p. 976

Diez-Picazo, Commentaire sous STC 15/1982 du 23 avril 1982, *G.D.C.C.E.*, Dalloz, Paris, 2008, n°17, p. 79

Donnat Fr. et Casas D., « Un requérant pour obtenir réparation, devant le juge administratif français, du préjudice né de la violation du droit à un délai raisonnable de jugement », *A.J.D.A.*, 2002, p. 596

Fabre-Magnan M., « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973

Favoreu L.,

- Chronique sous Cons. const., décision 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Vidéosurveillance*, *R.F.D.C.*, 1995, p. 362
- Chronique sous Cons. const., décision 98-401 du 10 juin 1998, *Réduction du temps de travail*, *R.F.D.C.*, 1998, p. 640
- Chronique sous Cons. const., décision 93-325 DC du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, *R.F.D.C.*, 1993, p. 583

Flauss J.-F.,

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mai 2000 – novembre 2000). L'article 13 au secours du respect du délai raisonnable », *A.J.D.A.*, 2000, p. 1012

- Observations sous C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques c. Grèce*, R.G.D.P., 1998, p. 241

- Folscheid B.**, Conclusions sous C.A.A. Paris, 11 juillet 2007, *Min. santé et solidarités c. M. et Mme Haemmerlin*, 2007, R.D.S.S., p. 1087

- Fontier R.**, Observations sous C.E., 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c. Epx Peyrilhe*, R.D.S.S., 2011, p. 176

- Franc M.**, Conclusions sur C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, R.D.P., 1981, p. 1441

- Frison-Roche M.-A.**, « Les lenteurs procédurales excessives constituant un déni de justice engageant la responsabilité de l'Etat », *D.*, 1998, p. 9

- Frydman P.**, Conclusions Sur C.E. Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, *Rec.*, p. 86

- Gardin A.**, « Chron. Droit du travail. La HALDE face aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes. Note sous Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service* », *Petites affiches*, 2011, n° 114, p. 7

- Gaudemet Y.**, Note sous C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, *D.*, 1981, p. 622

- Genevois B.**
 - « Un statut constitutionnel pour les étrangers, à propos de la décision du Conseil constitutionnelle n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *R.F.D.A.*, 1993, p. 871
 - Conclusions sur C.E., 6 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, *D.*, 1979, p. 155

- Ghevontian R.**, « Le contrôle des actes préparatoires au référendum du 24 septembre 2000 », *D.*, 2001, p. 1884

- Guettier C.**, Note sous C.E. Ass., 12 avril 2002, *Papon*, R.D.P., 2003, p. 470

- Guyomar M. et Collin P.**, « Les décisions prises par un fonctionnaire du régime de Vichy engageant la responsabilité de l'Etat », *A.J.D.A.*, 2002, p. 423

- Guyomar M.**, « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire. Déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus. Conclusions sur C.E. Ass., 14 décembre 2007, M. Planchenault, Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar », *R.F.D.A.*, 2008, p. 87

- Hacquet A.**, « Actes parlementaires de nature administrative. Contrôle juridictionnel. Chron. sous C.E. Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale c/ Société Gilaudy électronique », *D.A.*, 1999, n° 12, p. 6

- Hamon L.**, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. A propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel », *D.*, 1974, p. 83

- Hauriou M.**, Note sur C.E., 22 février 1918, *Cochet d'Hattecourt*, *S.*, 1921.3.9

- Henry J.M.**, Conclusions sur C.E., 11 mai 1962, *Salan*, R.D.P., 1962, p. 549

- Herzog-Evans M.**, « Reconnaissance et limites des recours des détenus », *D.*, 2008, p. 820

Labayle H., « Le juge administratif et le contrôle contentieux de l'extradition : vers une nouvelle répartition des tâches ? », *R.F.D.A.*, 1985, p. 183

Lamy Fr., « La responsabilité de l'Etat pour faute simple en raison du retard de la justice administrative. Conclusions sur C.E. Ass., 28 juin 2002, ministre de la Justice c/ Magiera », *R.F.D.A.*, 2002, p. 756

Landais C., « Le cas des "rotations de sécurité". Conclusions sur C.E. Ass., 14 décembre 2007, M. Payet », *R.F.D.A.*, 2008, p. 104

Latournerie R., Conclusions sur C.E. Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, R.D.P.*, 1936, p. 671

Lecucq O., Chronique sous STC 236/2007 du 7 novembre 2007, *A.I.J.C.*, 2007, p. 695

Lenica F., « La responsabilité de l'Etat du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites. Conclusions sur C.E. Ass., 16 février 2009, Mme Hoffman Glemane », *R.F.D.A.*, 2009, p. 316

Levinet M., « La légitimité de la répression par l'Etat des pratiques sadomasochistes », *R.T.D.H.*, 1997, p. 733

Loiseau G., Note sous Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service, J.C.P. S.*, 2010, p. 1241

Luchaire F.,

- « Le droit d'asile et la révision de la Constitution », *R.D.P.*, 1994, p. 5
- « La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1995, p. 575
- « L'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 1996, p. 953

Malaurie Ph., « Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ? », *Defrénois*, 2002, p. 1131

Marguénaud J.-P.,

- « Sadomasochisme et droit au respect de la vie privée », *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 1013
- « De l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'application des lois rétroactives validées par le Conseil constitutionnel », *R.T.D. civ.*, 2000, p. 436
- « De la nécessité d'instituer un recours interne permettant de dénoncer la durée excessive d'une procédure », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 442
- « Hymnes à la vie et à l'autonomie personnelle », *R.T.D. Civ.*, 2002, p. 858

Marie G., « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 », *R.F.D.A.*, 2010, p. 449

Massias., Note sous C.E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. R.U., R.S.C.*, 2002, p. 645

Mathieu B. et Verpeaux M.,

- « Chronique de jurisprudence constitutionnelle, juillet-décembre 1998 », *Petites affiches*, 1999, n° 151, p. 29
- « Chronique constitutionnelle », *J.C.P. G.*, 2009, n° 52, p. 46

Mathieu B.,

- « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg (Cass., 16 avril 2010, n° 10-40002) », *J.C.P. G.*, 2010, n° 17, p. 866
- « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourdes de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. a propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *R.F.D.A.*, 2000, p. 289

Melleray F., « Précisons sur la responsabilité de l'Etat français du fait des déportations antisémites réalisées sous le régime de Vichy », *D.A.*, 2009, n° 4, p. 47

Menuret J.-J., « La responsabilité de l'Etat du fait de la juridiction administrative, por faute simple, en cas de méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement », *J.C.P. G.*, 2003, n° 39, p. 1682

Miranda J., Note sous Acórdão 182/1989 du 1^{er} février 1989, *O Direito*, 1989, n° 2, p. 380

Morri J. et Slama S., « Libertés et droits fondamentaux », *A.J.D.A.*, 2001, p. 589

Mouly J., Note sous Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service* », *Dr. Soc.*, 2010, p. 992

Petit S., Note sous C.E. Ass., 12 avril 2002, Papon, *Gaz. Pal.*, 2002, n° 211, p. 27

Prélot P.-H., « L'accès des enfants handicapés à une scolarisation adaptée devant le juge du référé-liberté », *A.J.D.A.*, 2011, p. 858

Renoux T.-S., Note sous Cons. const., décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie française*, *R.F.D.C.*, 1996, p. 594

Rivero J., Note sous Cons. const. décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* *A.J.D.A.*, 1971, p. 537

Rousseau D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (1995-1996) », *R.D.P.*, 1997, p. 13

S.S., « Décision refusant à une personne handicapée l'autorisation de participer à un concours de recrutement de secrétaire des services », *A.J.D.A.*, 1988, p. 298

Sabete W., « A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours de pauvres droits ? », *D.* 1999, p. 269

Schoettl J.-E.,

- « La loi sur les 35 heures est conforme à la Constitution », *A.J.D.A.*, 1998, p. 495
- « Le contentieux des actes préparatoires à un référendum, note sous Cons. const. 25 juillet 2000 », *Petites affiches*, août 2000, n° 153, p. 20

Schoettl J.-E. et Hubac S., Cronique sous C.E. Ass., 26 septembre 1986, *Lujambio Galdeano*, *A.J.*, 1984, p. 669

Schramek O., « Champ d'application et conditions des validations législatives », *A.J.D.A.*, 1996, p. 369

Seban A., « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier* », *R.F.D.A.*, 2000, p. 592

Silva de I., « Référé-liberté et droit à une vie familiale normale. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ M^{me} Tliba* », *R.F.D.A.*, 2002, p. 324

Slama S. et Pouly C., « Des demandeurs d'asile sous tentes en plein hiver : la protection de l'effectivité du droit d'asile par le juge administratif ne va pas toujours de soi », *D.*, 2010, p. 2918

Sudre F.,

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Etudes », *J.C.P. G.*, 1998, I, 107
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Etudes », *J.C.P. G.*, 2002. I. 157

Tremeau J., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1^{er} juillet-30 septembre », *R.F.D.C.*, 1998, p. 763

Verpeaux M. et Sponchiad L., « Le contrôle des nominations présidentielles devant le Conseil constitutionnel. Deux décisions à minima pour une réforme importante », *J.C.P. G.*, 2010, n° 35, act. 834

Verpeaux M., « Egal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques et loi politique », *A.J.D.A.*, 2008, p. 634

Waline M., Note sous C.E. Ass., 4 janvier 1952, *Epx Giraud*, *R.D.P.*, 1952, p. 151

Zitouni F., « Logement social et droit au logement. Chronique de jurisprudence 2010 », *A.J.D.I.*, 2011, p. 421

INDEX DES JUGEMENTS, DES ARRETS, DES DECISIONS, DES ORDONNANCES ET DES AVIS

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* : n° 159 ; 171 ; 204
- Cons. const., décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office* : n° 161
- Cons. const., décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG* : n° 161
- Cons. const., décision 76-70 DC du 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail II* : n° 165
- Cons. const., décision 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules* : n° 165 ; 374
- Cons. const., décision 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement* : n° 165
- Cons. const., décision 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision* : n° 180 ; 183
- Cons. const., décision 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation des actes administratifs* : n° 109
- Cons. const., décision 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* : n° 9
- Cons. const., décision 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* : n° 512
- Cons. const., décision 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Entreprise de presse* : n° 172 ; 178
- Cons. const., décision 86-217 DC du 19 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* : n° 226
- Cons. const., décision 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social* : n° 341
- Cons. const., décision 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* : n° 166
- Cons. const., décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, *CSA* : n° 101
- Cons. const., décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* : n° 226
- Cons. const., décision 89-263 DC du 11 janvier 1990, *Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés* : n° 512
- Cons. const., décision 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* : n° 9
- Cons. const., décision 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* : n° 9
- Cons. const., décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique* : n° 1022
- Cons. const., décision 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* : n° 392
- Cons. const., décision 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat* : n° 174
- Cons. const., décision 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* : n° 101
- Cons. const., décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998* : n° 335

- Cons. const., décision 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* : n° 329
- Cons. const., décision 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions* : n° 116
- Cons. const., décision 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Taxe d'habitation* : n° 174
- Cons. const., décision 99-416 DC du 23 juillet 1999, *CMU* : n° 101
- Cons. const., décision 2000-21 REF du 25 juillet 2000, *Hauchemaille* : n° 292
- Cons. const., décision 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances* : n° 577
- Cons. const., décision 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* : n° 165
- Cons. const., décision 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité* : n° 109
- Cons. const., décision 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* : n° 416
- Cons. const., décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *OGM* : n° 161
- Cons. const., décision 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* : n° 578
- Cons. const., décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* : n° 150
- Cons. const., décision 2010-610 DC du 12 juillet 2010, *Loi relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution* : n° 589
- Cons. const., décision 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits* : n° 571
- Cons. const., décision 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* : n° 395
- Cons. const., décision 2011-123 QPC du 29 avril 2011, *M. Mohamed T.* [Conditions d'octroi de l'allocation adulte handicapé] : n° 308
- Cons. const., décision 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, *Mme Laurence L.* [Pension de réversion et couples non mariés] : n° 1262
- Cons. const., décision 2012-286 du 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres* [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire] : n° 319

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL

- STC 1/1981 du 26 janvier 1981 : n° 140
- STC 9/1981 du 31 mars 1981 : n° 176
- STC 11/1981 du 8 avril 1981 : n° 186
- STC 16/1981 du 18 mai 1981 : n° 109
- STC 41/1981 du 18 décembre 1981 : n° 143
- STC 2/1982 du 29 janvier 1982 : n° 180
- STC 15/1982 du 23 avril 1982 : n° 172
- STC 18/1982 du 4 mai 1982 : n° 1433
- STC 37/1982 du 16 juin 1982 : n° 113
- STC 42/1982 du 5 juillet 1982 : n° 167

- STC 47/1982 du 12 juillet 1982 : n° 109
- STC 60/1982 du 11 octobre 1982 : n° 677
- STC 62/1982 du 15 octobre 1982: n° 110
- STC 78/1982 du 20 décembre 1982 : n° 313
- STC 26/1983 du 13 avril 1983: n° 105
- STC 47/1983 du 31 mai 1983 : n° 109
- STC 62/1983 du 11 juillet 1983 : n° 677
- STC 36/1984 du 14 mars 1984 : n° 972
- STC 114/1984 du 29 novembre 1984 : n° 396
- STC 20/1985 du 14 février 1985 : n° 900
- STC 44/1985 du 22 mars 1985 : n° 109
- STC 53/1985, du 11 avril 1985 : n° 335
- STC 66/1985 du 23 mai 1985 : n° 396
- STC 178/1985 du 19 décembre 1985 : n° 177
- STC 29/1986 du 20 février 1986 : n° 1437
- STC 76/1987 du 25 mai 1987 : n° 176
- STC 113/1987 du 3 juillet 1987 : n° 143
- STC 134/1987 du 21 juillet 1987 : n° 396
- STC 115/1987 du 7 juillet 1987 : n° 1035
- STC 160/1987 du 27 octobre 1987 : n° 1076
- STC 178/1987 du 11 novembre 1987 : n° 901
- STC 209/1987 du 22 décembre 1987 : n° 901
- STC 142/1988 du 12 juillet 1988 : n° 1431
- STC 157/1988 du 15 septembre 1988 : n° 1431
- STC 54/1990 du 28 mars 1990 : n° 1437
- STC 150/1990 du 4 octobre 1990 : n° 629 ; 1087
- STC 64/1991 du 22 mars 1991 : n° 177
- STC 148/1993 du 29 avril 1993 : n° 677
- STC 16/1994 du 20 janvier 1994 : n° 252
- STC 199/1996 du 3 décembre 1996 : n° 313
- STC 151/1997 du 29 septembre 1997 : n° 182
- STC 141/1998 du 29 juin 1998 : n° 144
- STC 54/1999 du 12 avril 1999 : n° 145
- STC 162/1999 du 27 septembre 1999 : n° 109
- STC 225/2000 du 2 octobre 2000 : n° 145
- STC 274/2000 du 15 novembre 2000 : n° 761
- STC 292/2000 du 30 novembre 2000 : n° 1073
- STC 133/2001 du 13 juin 2001 : n° 176
- STC 239/2001 du 18 décembre 2001 : n° 145
- STC 154/2002 du 18 juillet 2002 : n° 182
- STC 85/2003 du 8 mai 2003 : n° 393
- STC 95/2003 du 22 mai 2003 : n° 1035
- STC 207/2003 du 1^{er} décembre 2003: n° 113
- STC 99/2004 du 27 mai 2004 : n° 393
- STC 68/2005 du 31 mars 2005 : n° 393
- STC 26/2006 du 30 janvier 2006 : n° 176
- STC 236/2007 du 7 novembre 2007 : n° 395
- STC 31/2010 du 28 juin 2010 : n° 1448 ; 1453

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PORTUGAIS

- Acórdão 39/1984 du 11 avril 1984 : n° 172
- Acórdão 66/84 du 3 juillet 1984 : n° 122 ; 1087
- Acórdão 74/84 du 10 juillet 1984 : n° 1078
- Acórdão 248/86 du 16 juillet 1986 : n° 1085
- Acórdão 31/1987 du 28 janvier 1987 : n° 168
- Acórdão 103/87 du 24 mars 1987 : n° 1374
- Acórdão 181/1987 du 20 mai 1987 : n° 175
- Acórdão 433/1987 du 4 novembre 1987 : n° 185
- Acórdão 449/1987 du 18 novembre 1987 : n° 175
- Acórdão 24/1988 du 20 janvier 1988 : n° 98 ; 105
- Acórdão 65/1988 du 23 mars 1988 : n° 105
- Acórdão 99/1988 du 28 avril 1988 : n° 168
- Acórdão 130/88 du 8 juin 1988 : n° 168
- Acórdão 182/1989 du 1^{er} février 1989 : n° 336 ; 901
- Acórdão 307/1990 du 28 novembre 1990 : n° 107
- Acórdão 163/1990 du 23 mai 1990 : n° 107 ; 109-110
- Acórdão 352/91 du 4 juillet 1991 : n° 251
- Acórdão 444/1991 du 20 novembre 1991 : n° 109 ; 113
- Acórdão 467/1991 du 18 décembre 1991 : n° 107
- Acórdão 195/94 du 1^{er} mars 1994 : n° 291
- Acórdão 278/95 du 31 mai 1995 : n° 168
- Acórdão 517/1998 du 15 juillet 1998 : n° 185
- Acórdão 197/2000 du 29 mars 2000 : n° 1085
- Acórdão 437/2000 du 18 octobre 2000 : n° 1085
- Acórdão 153/2001 du 4 avril 2001 : n° 1086
- Acórdão 308/2001 du 3 juillet 2001 : n° 1087
- Acórdão 423/2001 du 9 octobre 2001 : n° 1036
- Acórdão 474/2002 du 19 novembre 2002 : n° 336 ; 901
- Acórdão 589/04 du 6 octobre 2004 : n° 1082

CONSEIL D'ETAT

- C.E., 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare* : n° 302 ; 305
- C.E., 19 février 1875, *Prince Napoléon* : n° 285
- C.E., 22 février 1918, *Cochet d'Hattecourt* : n° 282
- C.E., 5 février 1926, *Dame Caraco* : n° 292
- C.E., 3 novembre 1933, *Desreumeaux* : n° 287
- C.E. Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* : n° 128
- C.E., Sect., 5 mai 1944, *Dame Trompier-Gravier* : n° 164
- C.E., Ass., 26 octobre 1945, *Aramu* : n° 164
- C.E. Ass., 30 janvier 1948, *Toprower* : n° 388
- C.E., 14 mai 1948, *Jacquin* : n° 271
- C.E. Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte* : n° 101 ; 850
- C.E. Ass., 4 janvier 1952, *Epx Giraud* : n° 388

- C.E. Sect., 25 juillet 1952, *Dlle Remise* : n° 388
- C.E., 6 juillet 1956, *Monfort* : n° 350
- C.E. Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Anamites de Paris* : n° 159
- C.E., 17 avril 1959, *Pluchart* : n° 359
- C.E., 12 février 1960, *Sté Eky* : n° 159
- C.E. Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens* : n° 292
- C.E., 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques* : n° 333
- C.E. Ass., 12 janvier 1968, *Mlle Barbier* : n° 304
- C.E., 29 novembre 1968, *Tallagrand* : n° 292
- C.E. 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et sieur Le Gac* : n° 292
- C.E., Ass., 8 décembre 1978, *GISTI* : n° 164
- C.E. Ass., 10 juillet 1981, *Retail* : n° 215 ; 578 ; 702
- C.E., 4 novembre 1987, *Assemblée nationale c. Mme Cazes* : n° 304
- C.E., 20 février 1989, *Allain* : n° 292
- C.E. Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* : n° 117
- C.E., 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP* : n° 292
- C.E. Ass., 18 décembre 1992, *Mhamedi* : n° 292
- C.E., Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud* : n° 164
- C.E., 20 mai 1994, *Herbaux et autres* : n° 350
- C.E. Ass., 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France* : n° 292
- C.E., 19 janvier 1996, *Escriva* : n° 304
- C.E. Ass., 3 juillet 1996, *Koné* : n° 165
- C.E. Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale* : n° 305
- C.E. Ass., 9 avril 1999, *Mme Bâ* : n° 292
- C.E. Ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe* : n° 314
- C.E. Sect., 28 février 2001, *Casanovas* : n° 314
- C.E. Ord., 23 mars 2001, *Société Lidl* : n° 314
- C.E. Ord., 2 avril 2001, *Ministre de l'intérieur c. Consorts Marcel* : n° 314
- C.E. Ord., 18 octobre 2001, *Syndicat départemental Interco 33 CFDT* : n° 314
- C.E., 15 février 2002, *Hadda* : n° 138
- C.E. Ass., 12 avril 2002, *Papon* : n° 388
- C.E. Ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin* : n° 314
- C.E., 30 juillet 2003, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c. Remli* : n° 282
- C.E., 9 décembre 2003, *Aguillon* : n° 314
- C.E. Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar, Planchenault, Payet* : n° 282
- C.E. Ass., Avis, 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane* : n° 388
- C.E. Ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Gaghiiev et M^{me} Gaghiieva* : n° 315
- C.E., 23 juillet 1909 et 22 juillet 2010, *Fabrègues* : n° 850
- C.E. Ord., 19 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Panokheel* : n° 315
- C.E. Ord., 22 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Sidy Sonko* : n° 315
- C.E. Ord., 15 déc. 2010, *Ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative c/ Epoux Peyrilhe* : n° 315
- C.E. Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL* : n° 911

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- C.A.A. Paris, 11 juillet 2007, *Ministre de la santé et des solidarités c. M. et Mme Haemmerlin* : n° 1350

COUR DE CASSATION

- Cass. crim., 24 juillet 1967 : n° 350
- Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre* : n° 117
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Société Fougerolle* : n° 101
- Cass. soc., 4 décembre 1996 : n° 350
- Cass. civ., 1^{ère}, 16 avril 2010, n° 10-40002 : n° 151
- Cass. soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service* : n° 755 ; 910
- Cass. Ass. plén., 29 juin 2010, *Melki* : n° 151

COURS D'APPEL

- C.A. Nîmes, 9 février 2010, req. n° 08/03582 : n° 911
- C.A. Paris, 2 juillet 2007, req. n° 05/08756 : n° 910

TRIBUNAL DES CONFLITS

- T.C., 2 février 1950, *Soc. Radio Andorre* : n° 292
- T.C., 8 avril 1935, *Action française* : n° 137

TRIBUNAL SUPREME ESPAGNOL

- STS, 8 juillet 1993 : n° 351
- STS, 4 avril 1997 : n° 290

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- C.E.D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique* : n° 264
- C.E.D.H., 28 juin 1971, *De Wilde et alii c. Belgique* : n° 109
- C.E.D.H., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni* : n° 104
- C.E.D.H., 6 septembre 1978, *Klass et a c. R.F.A.* : n° 108
- C.E.D.H., 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem et Koc c. Allemagne* : n° 108
- C.E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande* : n° 106 ; 327
- C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique* : n° 109

- C.E.D.H., 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche* : n° 109
- C.E.D.H., 23 avril 1987, *Ettl c. Autriche* : n° 109
- C.E.D.H., 22 juin 1989, *Langborger c. Suède* : n° 109
- C.E.D.H., 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* : n° 821
- C.E.D.H., 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France* : n° 107
- C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne* : n° 821
- C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques c. Grèce* : n° 109
- C.E.D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche* : n° 1250
- C.E.D.H., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* : n° 387
- C.E.D.H., 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce* : n° 112
- C.E.D.H., 24 novembre 1997, *Werner c. Autriche* : n° 1250
- C.E.D.H., 19 février 1998, *Guerra c. Italie* : n° 109
- C.E.D.H., 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche* : n° 110
- C.E.D.H., 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal et autres c. France* : n° 109
- C.E.D.H., 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne* : n° 110
- C.E.D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni* : n° 387
- C.E.D.H., 4 janvier 2005, *Pentiacova et autres c. Moldavie* : n° 1358
- C.E.D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique* : n° 387
- C.E.D.H., 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse* : n° 1250
- C.E.D.H., 19 janvier 2012, *Popov c. France* : n° 950 ; 1222 ; 1280

**COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES – COUR DE JUSTICE DE
L'UNION EUROPEENNE**

- C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet* : n° 108
- C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*: n° 104
- C.J.C.E., 15 octobre 1987, *UNECTEF* : n° 104
- C.J.U.E., 22 juin 2010, *A. Melki et S. Abdeli* : n° 151

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

Accès au droit : 935-938 ; 973

Accès au juge : 104-107

- et ombudsman spécialisé : 931-938
- obstacles : 237 et ss.

Actes de gouvernement : 285-292

Actes non législatifs du Parlement : 293-307

Administration :

- démocratisation : 976-982
- dysfonctionnements (v. « maladministration »)
- et citoyens (relations) : 367 ; 461-462 ; 856-861 ; 980-981
- légitimation : 859-860
- omniprésence : 362 et ss.
- silence : 276 ; 978

Agence espagnole de protection des données : 425

Aide juridictionnelle : 252-254

Amendement (droit d'-) : 201-202

Amicus curiae : 910 ; 1122

Ararteko : 1452

Armes à létalité réduite : 1200

Asile (droit d'-) : 315 ; 380 ; 906

Astreinte (v. aussi exécution des décisions de justice) : 130

Autonomie de la volonté : 840 et ss.

Autorité :

- de chose acceptée : 840 et ss
- de chose jugée : 1 ; 21 ; 23 ; 839 ; 849
- de chose médiatisée : 709

Autorités administratives indépendantes :

- concurrence (risque de) : 437 ; 440 ; 1456 et ss.
- définition : 41 ; 216
- émergence : 215-216
- et droits fondamentaux : 215 et ss. ; 423 et ss.
- et ombudsman spécialisé : 541 ; 925 ; 1456 et ss.
- inscription constitutionnelle : 217 ; 875 ; 1467
- lisibilité et visibilité (déficit de) : 439-443 ; 1214
- multiplication : 218 ; 428 ; 430 ; 1456
- notoriété (déficit de) : 443
- prérogatives : 225-229 ; 436
- regroupement : 431-433 ; 455 ; 877 ; 1152-1154 ; 1460-1462
- sectorisation : 429 et ss. ; 875 ; 881-882
- typologies : 219-220 ; 221-223 ; 424

B

Bloc de constitutionnalité : 159-162

Bonne administration de la justice :

- définition : 942
- et ombudsman spécialisé : 942-950 ; 1411-1413

Bonne administration : 466

Bureaucratization : 461

C

Capital :

- culturel : 240 et ss.
- économique : 240 et ss.

Commandement (acte de) : 1

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : 1126

Commissaires parlementaires des Communautés autonomes : 643

- compétence : 1431-1432
- et Défenseur du Peuple : 643 ; 1430 et ss.

Commission d'enquête parlementaire : 195 ; 411

Commission mixte Sénat-Congrès chargée des relations avec le Défenseur du Peuple : 917 ; 923 ; 1497

Commission nationale de la déontologie et de la sécurité : 222 ; 1196-1197 ; 1200-1201

Conseil de la sécurité nucléaire espagnol : 425

Consensualisme (v. Autonomie de la volonté)

Contrôle de constitutionnalité : 117 et ss.

- *a priori* : 119 ; 319 ; 322
- *a posteriori* : 119 ; 320
- abstrait : 119-120
- concentré : 121
- concret : 121
- des actes infralégislatifs : 123-130
- des lois : 118-122
- diffus : 121
- *erga omnes* (effet) : 122
- et droits fondamentaux : 117 et ss.

- question préjudicielle : 121
- saisine parlementaire : 203-208 ; 413-416 ; 867

Contrôle de conventionnalité : 117

Contrôle d'identité : 1201

Contrôleur général des lieux privatifs de libertés : 223 ; 926 ; 1281

Crimes contre l'humanité : 388

Crise économique : 328 ; 997-998 ; 1026 ; 1255-1256

Culture institutionnelle : 1519 ; 1532

D

Décision administrative :

- explicite : 277
- implicite : 276-277

Décision de justice :

- exécution : 130
- difficultés d' - : 372-381 ; 849-850 ; 948-950
- droit à : 112-114

Défenseur des droits :

- ancrage :
 - culturel : 1520 et ss.
 - temporel : 1565 et ss.
 - obstacles : 1535-1545
- appropriation : 1522-1534
- et autorités administratives indépendantes : 431-432 ; 497 ; 877-878 ; 925-928 ; 1152 et ss. ; 1190 et ss. ; 1457 ; 1460-1462 ; 1533 ; 1542-1543
- carences institutionnelles : 1136 et ss. ; 1473 et ss.
- collèges : 630-634 ; 884 ; 1158 ; 1181-1184
- critiques : 55 ; 66 ; 70 ; 230 ; 432 ; 1152-1154 ; 1170-1171 ; 1181 ; 1536 ; 1545 ; 1588-1590

- délégués territoriaux : 642 ; 781 ; 871 ; 1379
- engorgement (risque d'-) : 1173-1179
- entrée unique : 442 ; 1174
- fonction et mission :
 - étendue : 494-500 ; 507-510
 - interprétation de : 1156-1160
- homogénéité (déficit de) : 455 ; 647 ; 665 ; 678 ; 706 ; 875 ; 883-885 ; 1158 ; 1162-1166
- identité culturelle : 1162-1171 ; 1224
- inspiration ibérique : 53 ; 55 ; 57 ; 70-71 ; 456 ; 1132-1133 ; 1136
- instrumentalisation (risque d'-) : 1139-1147
- intervention devant les juridictions : 750-751 ; 910-914 ; 1198 ; 1220 ; 1268-1269 ; 1426
- légitimité
 - déficit (de) : 1145
 - renforcement : 1489-1492 ; 1546-1563
- moyens humains et financiers (déficit de) : 1176 ; 1513 et ss.
- nature juridique : 576-578
- nomination (procédure de) : 589-591 ; 1139 ; 1481-1493
- organisation interne : 639
- personnalité du représentant : 1142-1143
- processus constituant : 495-497
- processus de création (spécificité du) : 1134 ; 1152 et ss. ; 1535 et ss.
- réactivité (déficit de) : 1180 -1184

Défenseur des enfants : 223

Défenseur du Peuple :

- carences institutionnelles : 1400-1427
- et juridiction administrative : 1401-1409
- fonction et mission : 486-492 ; 505
- loi organique (carences) : 1415-1416
- nature juridique : 581

- naissance : 51
- nomination (procédure de) : 588 ; 1419
- organisation interne : 637
- processus constituant : 486
- vacance de la fonction : 1419-1422

Délai de recours juridictionnel : 274-279

Délégué parlementaire à la défense du Bundestag allemand : 51

Démocratie représentative (crise de) : 419 ; 1535

Dialogue des *ombudsmen* : 1107 et ss. ; 1290 et ss.

Dignité de la personne humaine : 799 ; 986 ; 1022 ; 1029 ; 1064

Droit comparé :

- définition : 45
- et droits fondamentaux : 15
- intérêt : 46-48
- méthode : 54-56 ; 58-59
- obstacles et limites : 49

Droits-créances :

- concrétisation : 175 ; 329 et ss. ; 806-814 ; 1346 et ss.
- définition : 308
- et disponibilité des finances publiques : 1022 ; 1347 et ss.
- droit à l'emploi et à la sécurité matérielle : 336 ; 901 ; 978 ; 1027-1032 ; 1255-1263
- droit à la culture et à l'éducation : 315 ; 1014-1021 ; 1220 ; 1245-1248
- droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale : 974 ; 1000-1013 ; 1228 ; 1239-1244
- droit au logement : 174 ; 1022-1026 ; 1249-1254
- effectivité : 330
- émergence : 323

- et ombudsman spécialisé : 993 et ss. ; 1220 ; 1236 et ss. ; 1353-1361 ; 1592
- force juridique : 172 ; 329 ; 1350
- nature prestataire : 330 ; 1238
- protection atténuée : 308-315 ; 396 ; 997

Droits fondamentaux :

- ancrage : 969 et ss.
- bénéficiaires : 512
- catalogue : 75 ; 158 et ss.
- conciliation : 396 ; 1023
- constitutionnalisation : 10 ; 13 ; 161
- définition : 9-17
 - formelle : 12-17 ; 94
 - matérielle : 14 ; 92-93
- dénaturation : 193
- diffusion : 10-11 ; 1101-1105 ; 1306
- effets horizontaux : 561 ; 1424
- émergence : 10
- garantie juridictionnelle (condition d'existence) : 90-95 ; 890
- garanties institutionnelles : 78
- garanties juridiques : 77 ; 555
 - réserve de loi : 189
 - respect du contenu essentiel : 183-186 ; 1350
 - jurisprudence du « cliquet anti-retour » : 172 ; 396
 - révision de la Constitution (rigidité) : 376-380
- générations : 162 ; 323-324
- hiérarchie : 396
- indisponibilité : 13 ; 93
- inscription constitutionnelle : 10
- internationalisation : 10 ; 13 ; 1128
- limitation : 180
- limites aux limites : 180-186
- liste ouverte (principe de) : 168
- modernisation : 815-821
- prévention des atteintes : 319-322 ; 795-805
- titulaires : 512

Droits fondamentaux des publics dits fragiles (et ombudsman spécialisé) :

- étrangers : 1005 ; 1016 ; 1034-1040 ; 1102 ; 1202 ; 1222 ; 1227 ; 1275-1280
- enfants : 1006 ; 1015-1019 ; 1037 ; 1041-1052 ; 1199 ; 1205-1206 ; 1220 ; 1225 ; 1228-1229 ; 1246-1247 ; 1272-1275 ; 1284 ; 1304
- personnes handicapées : 1015 ; 1053-1058 ; 1246-1247 ; 1266-1271
- détenus : 986-988 ; 1059-1064 ; 1225 ; 1281-1284

Droits-garanties :

- droit au juge : 97-115
- droits de la défense : 110

Droits-libertés :

- définition : 324
- droit à l'intimité et au respect de la vie privée : 1073-1074
- droit à la vie et au respect de l'intégrité physique : 1068-1070
- droit de grève : 1086
- droits du contribuable et du consommateur : 1087-1089 ; 1284
- et ombudsman spécialisé : 1066 et ss. ; 1233
- liberté d'aller et venir : 1071-1072
- liberté d'association et de réunion : 1035 ; 1082
- liberté d'expression et de communication : 1078-1080
- liberté de conscience et d'opinion : 172 ; 1076-1077
- liberté syndicale : 900 ; 1083-1085

Dualité des ordres de juridiction : 124 ; 245-248 ; 936

E

Egalité (droit à) : 1009 ; 1013

- accès à l'enseignement : 1015-1016
- accès au logement : 1024 ; 1249-1251

- accès au système de santé : 1004-1005 ; 1244
- discriminations :
 - et ombudsman spécialisé : 1010 ; 1013 ; 1198 ; 1202 ; 1207-1209 ; 1221 ; 1249-1251 ; 1262 ; 1267-1269 ; 1300 ; 1304 ; 1426
 - positives : 346
- entre nationaux et étrangers : 1036
- et *amparo* (recours d'-) : 312

Environnement sain (droit à) : 821

Epuration administrative : 976 ; 984-985

Equité :

- définition : 345-347
- et juge : 345-352 ; 830
- et ombudsman : 831-836 ; 1221

Erreur manifeste d'appréciation (contrôle de l'-) : 182 ; 391 ; 827

Etat de droit :

- implantation : 969 et ss.

Etat providence : 363

- crise : 364

Etat social : 329 ; 807 ; 814

Exception d'illégalité : 279

Exception d'irrecevabilité parlementaire : 200

Exclusion sociale : 328 ; 857 ; 1025 ; 1235 ; 1237 ; 1256 ; 1285

Executive ombudsman : 36

F

Fédérations internationales

d'ombudsmen : 1097 ; 1111-1118

- Association des *ombudsmen* de Méditerranée : 1297

- Association des *ombudsmen* et des médiateurs de la francophonie : 1296
- Fédération ibéroaméricaine des *ombudsmen* : 1097 ; 1104 ; 1114-1116
- Institut européen des *ombudsmen* : 1113
- Institut international des *ombudsmen* : 1112
- Réseau européen des *ombudsmen* : 1113

Forclusion (risque de) : 276-279 ; 664 ; 1339-1343

H

Habeas corpus (v. aussi procédures d'urgence) : 133

- et Défenseur du Peuple : 748 ; 905-908

Habitus :

- administratif : 847
- juge : 385

Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : 223 ; 910-911

I

Injonction (v. aussi exécution décisions de justice) : 130 ; 950

Intérêts diffus : 679

Interpellation parlementaire : 194 ; 406

Interpositio legislatoris (v. aussi Droits-créances) : 171 ; 329 et ss.

Institutionnalisation (processus de) : 1518 et ss.

J

Juge :

- autolimitation du contrôle : 390-396 ; 1358
- conservatisme : 384-389
- définition : 19-22
- fonction créatrice : 158 et ss. ; 177-178
- impartialité : 109 ; 264-266
- indépendance : 109
- statut : 19

Juridiction (désencombrement/engorgement) : 268 ; 939-941

Justice constitutionnelle :

- et droits fondamentaux : 94 ; 901
- et ombudsman spécialisé : 733 et ss. ; 890-901 ; 931-934 ; 1148-1150
- légitimité : 94

Justitieombudsman : 469 ; 471 ; 474-475

L

Légitimité :

- acquisition : 1549 et ss.
- fondements : 1556-1563
- notion : 1546 ; 1548

Libertés publiques : 13 ; 94

Lieux privatifs de libertés :

- conditions de détention : 986-989 ; 1059 ; 1062-1064 ; 1282-1283
- établissements pénitentiaires : 1059-1060
- hôpitaux psychiatriques : 1058

M

Magistrature d'influence (v. aussi persuasion) : 228 ; 708 et ss. ; 839

« Maladministration » :

- définition : 461-467
- et droits fondamentaux : 467
- et ombudsman : 468 et ss.
- et ombudsman spécialisé : 488-492 ; 1373-1377

Médiateur de la République : 471

- et droits fondamentaux : 221 ; 427

Médiation (v. aussi Modes alternatifs de règlement des litiges) :

- définition : 227
- lacunes : 1149
- procédure de : 841 ; 861

Mesures d'ordre intérieur : 282

Mimétisme institutionnel (limites) : 55 ; 57 ; 66 ; 71 ; 73 ; 1473-1477 ; 1588 ; 1596

Ministère public :

- et ombudsman spécialisé : 739-743 ; 904

Modes alternatifs de règlement des litiges : 940

- définition : 28-30
- et ombudsman spécialisé : 732-735
- typologie : 28

Mondialisation et droit : 1127 ; 1129

Motion de censure : 196 ; 407

N

Norme juridique : 90

O

« Ombudsmania » (phénomène d'-) : 1456

Objectifs de valeur constitutionnelle : 174

Ombudsman :

- définition : 36
- dénaturation (mouvement de) : 35 ; 453
- dialogue (aptitude au) : 847
- internationalisation (mouvement d'-) : 34
- origines : 31-34
- typologie : 36-37 ; 452 ; 457

Ombudsman européen : 470 ; 1125**Ombudsman spécialisé :**

- accessibilité : 780-788
- activité internationale : 1091 et ss. ; 1286 et ss. ; 1593
- adjoints : 617-618
- caractère constitutionnel : 567-573
- carences institutionnelles : 776 ; 1339-1343
- catalyseur (fonction de) : 888 et ss.
- critiques : 86
- définition : 36 ; 43
- dénaturation (risques de) : 737-738 ; 1373-1377 ; 1404 ; 1468
- diffusion (mouvement de) : 52 ; 990 ; 1095-1100 ; 1128 ; 1288
- et bénéficiaires des droits fondamentaux : 512-525
- et débiteurs des droits fondamentaux : 527 et ss.
 - administration publique : 531-556
 - législateur : 557-559
 - personnes privées : 561-564 ; 1423-1427
- fonction et mission : 477 et ss.
 - dimension objective : 765 ; 789 ; 914 ; 933-934 ; 1406
 - étendue : 502 et ss.
- indépendance : 567 et ss. ; 865-867
- justification contemporaine : 67-70 ; 79 ; 83 ; 232 et ss. ; 444-451 ; 1590-1591
- légitimité : 573 ; 785-787
- médiatisation : 712 ; 879 ; 1177-1178 ; 1386 ; 1390-1393
- moyens humains et financiers : 614-624

- nature apolitique : 865-867
- nature juridique : 575-581
- nomination : 582-591
- notoriété : 879-880 ; 1362 et ss.
- origines : 51
- organe unipersonnel : 628-634 ; 870
- personnification de la fonction : 1571 ; 1579
- plaintes :
 - examen et instruction : 681 et ss. ; 798 ; 825 ; 872
 - origine géographique et sociale : 1366-1368
 - recevabilité : 667-679 ; 1418
 - répartition et volume : 941 ; 965 ; 1173 et ss. ; 1192 ; 1212 ; 1214 ; 1239 ; 1255 ; 1276 ; 1381
- politisation (risque de) : 760 ; 892 ; 1335-1337
- pouvoirs d'enquête :
 - audition : 685-690
 - accès aux documents administratifs : 691-695
 - visites d'inspection : 696-703 ; 799 ; 1001-1003 ; 1038 ; 1060 ; 1222
- prérogatives : 873
 - non-contentieuses : 713 et ss.
 - semi-contentieuses : 24 ; 737 et ss. ; 889 et ss. ; 931-934
- publicité (recours à) : 709-712 ; 795 ; 844 ; 1209 ; 1272 ; 1330-1332 ; 1383-1393 ; 1547
- réactivité : 824 ; 868-874
- rapports :
 - annuel : 710 ; 858 ; 919-921 ; 987 ; 1122
 - extraordinaires : 711 ; 998
 - monographiques : 821 ; 922 ; 987 ; 998 ; 1003 ; 1016 ; 1028 ; 1031 ; 1033 ; 1037 ; 1048-1052 ; 1063 ; 1070 ; 1122
- requérants (profil sociologique) : 783 ; 1366-1367
- saisine : 648 et ss.
 - citoyenne : 650-653

- d’office : 660-661 ; 789-790 ; 988 ; 1219 ; 1380-1382
- parlementaire : 655-658
- statut : 566 et ss.
- immunités : 604-607
- inamovibilité : 609-612
- incompatibilités : 597-602
- mandat : 594-595
- visibilité : 876-878

Ombudsmand : 469 ; 474 ; 879

Ombudsmen sectoriels (v. aussi Autorités administratives indépendantes) : 41 ; 115 ; 1456 et ss.

Omission législative :

- partielle : 338-341
- totale : 336 ; 342

Opportunité politique (principe d’-) : 409-416

Organe de relevance constitutionnelle : 581

Organisations supranationales : 1120-1121

- et ombudsman spécialisé : 1121-1126

P

Parlement :

- définition : 42
- et droits fondamentaux : 42 ; 189 et ss. ; 399 et ss.
- et ombudsman spécialisé : 866 ; 917-924 ; 1473 et ss.
- fonction de contrôle : 191-196 ; 920
- fonction législative : 198-202 ; 921
- réactivité (déficit de) : 401 et ss.

Parliamentary ombudsman : 36

- et droits fondamentaux : 472-476 ; 1599

Persuasion (v. aussi Influence) : 1-2 ; 846-847 ; 860

Pétition (droit de) :

- carences : 421
- déclin : 418-420
- définition : 210-211
- et droits fondamentaux : 210-214

Politique des droits : 790 ; 998

Politiques sociales : 814

Pouvoir discrétionnaire : 979

Précédent jurisprudentiel : 828

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : 165

Principes généraux du droit : 164

Procédure administrative non contentieuse : 25

Procès :

- coût : 251-255
- culture du : 239
- perception négative : 257-266
- lenteur : 268-272 ; 355-361 ; 947

Proportionnalité (contrôle de) : 182

Protection non juridictionnelle :

- définition : 18-24
- limites : 73
- typologie : 25 et ss.

Provedor de Justiça :

- carences institutionnelles : 1400-1413
- et juridiction administrative : 1401-1409
- fonction et mission : 479-485 ; 506
- nature juridique : 579-580
- naissance : 51 ; 479
- nomination (procédure de) : 587
- organisation interne : 636

Q

Question prioritaire de constitutionnalité : 148-151

- et Défenseur des droits : 755 ; 891 ; 931 ; 1148 ; 1500

Questions parlementaires : 193

R

Recommandation :

- définition : 714 ; 842-844
- et ombudsman spécialisé : 714-726 ; 801-804 ; 810-813 ; 820 ; 835 ; 842-847 ; 967 ; 1038-1040 ; 1043-1047 ; 1069-1070 ; 1072 ; 1074 ; 1077 ; 1087-1089 ; 1124 ; 1215 ; 1221 ; 1229 ; 1242-1244 ; 1250-1251
- publication : 1331
- réception : 719-722 ; 842-847 ; 1215 ; 1316 et ss. ; 1353-1357
- typologie : 714
- à finalité non normative : 715-722
- à finalité normative : 723-726 ; 810-813 ; 835

Recours administratif (v. aussi Modes alternatifs de règlement des litiges) :

- définition : 28
- lacunes : 30

Recours d'amparo : 140-147 ; 297 ; 310-313

- effets : 147
- et Défenseur du Peuple : 763-766 ; 893 ; 896 ; 899-900 ; 1028 ; 1405-1406 ; 1408
- recevabilité : 141-146

Recours en inconstitutionnalité :

- et ombudsman spécialisé : 757-761 ; 867 ; 892 ; 896-897 ; 899-901 ; 1035-1036 ; 1071 ; 1073 ; 1076 ; 1078-1079 ; 1082 ; 1084-1086 ; 1087 ; 1499 et ss.

Recours en inconstitutionnalité par omission : 336

- et *Provedor de Justiça* : 767-768 ; 809 ; 894 ; 897 ; 899 ; 901 ; 1030

Recours pour excès de pouvoir : 128 ; 251

Régime autoritaire :

- définition : 51
- et droits fondamentaux : 971 ; 976 ; 983
- franquisme et salazarisme : 51

Régulation : 708

Responsabilité gouvernementale : 196 ; 407

***Riksdagens Justitieombudsman* : 469 ; 476 ; 1599**

« Roms » : 1280

S

Sadomasochisme : 387

Services publics de prestations : 334 ; 343

***Síndic de Greuges* : 1451-1454**

***Status* (théorie des) : 324-327**

Suffrage (droit de) : 393

Suggestion (v. Recommandation)

T

Temps (notion de) : 1565

Terrorisme : 1104

Transition démocratique : 66

- et droits fondamentaux : 993 ; 1101 ; 1103
- et ombudsman spécialisé : 4 ; 51-52 ; 66-67 ; 456 ; 969 et ss. ; 1095-1100
- entraves : 970-971 ; 976 ; 984

U

***Ultra petita* (principe de l'-) : 369 ; 826**

Urgence (procédures d'-) : 321 ; 360

- définition : 133-134
- procédure sommaire et prioritaire (Espagne, Portugal) : 135-136 ; 309

- référé-liberté (France) : 137-138 ; 314-315
- référé-suspension (France) : 129
- sursis à exécution (Espagne, Portugal) : 129

V

Validations législatives : 109

Vulnérables (v. Publics dits fragiles)

Violences policières : 982 ; 984-985 ; 988-989 ; 1196-1197 ; 1219

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| Table des Principales Abreviations | 9 |
| Sommaire | 13 |
| INTRODUCTION..... | 17 |
| § 1. L’objet de la recherche | 19 |
| A. La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux | 19 |
| 1. La notion de « droits fondamentaux » | 19 |
| a. Une émergence récente..... | 20 |
| b. La préférence donnée à l’approche formelle des droits fondamentaux | 21 |
| 2. La notion de « protection non juridictionnelle »..... | 24 |
| 3. Les contours de la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux..... | 27 |
| a. L’exclusion des formes de protection non juridictionnelle étrangères aux droits fondamentaux | 28 |
| b. La préférence donnée à l’exemple de l’ombudsman spécialisé parmi les formes de protection non juridictionnelle aménagées pour connaître des droits fondamentaux | 35 |
| B. La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé | 37 |
| 1. La justification du recours à la démarche comparatiste | 38 |
| 2. Le choix des pays objets de la comparaison | 40 |
| a. L’origine ibérique du modèle de l’ombudsman spécialisé | 41 |
| b. La filiation entre le Défenseur des droits et les ombudsmen ibériques | 44 |
| 3. La nécessaire prise en considération de la différence de contexte de mise en place des <i>ombudsmen</i> ibériques et du Défenseur des droits | 46 |
| § 2. L’intérêt de la recherche | 47 |
| A. Une question d’actualité délaissée par la doctrine | 48 |
| B. Une protection incontournable | 49 |
| § 3. Problématique et annonce du plan | 52 |
| PREMIERE PARTIE UNE PROTECTION INDISPENSABLE | 55 |
| Titre I L’insuffisance du systeme institutionnel classique de garantie des droits fondamentaux | 59 |
| Chapitre 1 – Une insuffisance <i>a priori</i> surprenante..... | 61 |
| Section 1 – Le juge, gardien privilégié des droits fondamentaux | 62 |
| § 1. La garantie juridictionnelle, condition d’existence des droits fondamentaux | 62 |

| | |
|---|------------|
| § 2. Le développement constant de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux | 67 |
| A. La recherche d'effectivité de la garantie juridictionnelle par le prisme du droit fondamental au juge | 67 |
| 1. Une reconnaissance unanime | 69 |
| 2. Un champ d'application large | 71 |
| a. Le libre accès à un tribunal | 71 |
| b. Le droit à une justice de qualité | 74 |
| c. Le droit à l'exécution des décisions de justice | 76 |
| B. La mise en place de voies de recours juridictionnels adaptées à la protection des droits fondamentaux | 77 |
| 1. La participation des procédures classiques de contrôle de la constitutionnalité des normes à la protection des droits fondamentaux | 78 |
| a. Un facteur de subordination de la loi au respect des droits constitutionnellement garantis | 79 |
| b. Un facteur de subordination des actes de valeur infralégislative au respect des droits constitutionnellement garantis | 82 |
| 2. La création de recours juridictionnels spécialement aménagés pour la protection des droits fondamentaux | 86 |
| a. Les procédures d'urgence spécialisées dans la protection des droits fondamentaux devant le juge ordinaire | 87 |
| b. Les recours constitutionnels spécialisés dans la protection des droits fondamentaux | 91 |
| | |
| § 3. L'attachement évident du juge aux droits fondamentaux | 99 |
| A. L'enrichissement régulier du catalogue des droits fondamentaux | 101 |
| 1. La constitutionnalisation du Préambule de la Constitution de 1958 | 101 |
| 2. La découverte de nouveaux droits fondamentaux | 103 |
| B. La recherche d'effectivité maximale des droits fondamentaux | 106 |
| C. Le contrôle rigoureux de la limitation des droits fondamentaux | 111 |
| | |
| Section 2 – Le relais de mécanismes non juridictionnels de garantie | 114 |
| | |
| § 1. La protection politico-parlementaire des droits fondamentaux | 114 |
| A. La sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux | 114 |
| 1. La sanction des politiques gouvernementales liberticides | 115 |
| 2. La mise en échec des lois liberticides | 117 |
| a. L'opposition aux projets et propositions de lois contraires aux droits fondamentaux | 118 |
| b. La saisine de la juridiction constitutionnelle des lois contraires aux droits fondamentaux ... | 120 |
| B. La « <i>résolution extrajudiciaire des litiges impliquant les droits fondamentaux</i> » par l'intermédiaire du droit de pétition | 122 |
| | |
| § 2. La protection d'autorités administratives indépendantes sectorielles | 125 |
| A. Un domaine d'intervention embrassant un grand nombre de droits et libertés | 128 |
| B. Des modalités d'intervention similaires à celles d'un ombudsman spécialisé. | 132 |
| | |
| Chapitre 2 – Une insuffisance pourtant avérée | 136 |
| | |
| Section 1 – Le juge, gardien privilégié des droits fondamentaux sujet à caution | 137 |

| | |
|---|------------|
| § 1. L'accessibilité entravée au prétoire du juge | 137 |
| A. L'existence de facteurs dissuasifs d'exercice du droit au recours..... | 138 |
| 1. La position sociale de l'individu ne lui permet pas de s'adresser au juge : l'illusion de l'égal accès à la justice..... | 138 |
| a. L'ésotérisme des modalités de saisine du juge limite l'accès à la justice des catégories sociales dotées d'un faible capital culturel..... | 139 |
| b. Le coût des procès limite l'accès à la justice des catégories sociales dotées d'un faible capital économique | 143 |
| 2. La perception négative du procès dans l'imaginaire collectif conduit à son rejet psychologique | 146 |
| a. L'image violente du procès | 146 |
| b. Le scepticisme quant à l'impartialité du juge de l'administration | 148 |
| 3. La force dissuasive des délais de jugement | 150 |
| B. La brièveté des délais de recours contentieux contre les actes administratifs.. | 152 |
| C. L'inattaquabilité persistante d'actes attentatoires aux droits fondamentaux | 154 |
| 1. L'incompétence du juge français et portugais pour contrôler les actes de gouvernement | 156 |
| 2. L'incompétence du juge français pour contrôler certains actes non législatifs du Parlement | 161 |
| D. L'exclusion de certaines catégories de droits des voies de recours spécialisées dans la protection des droits fondamentaux | 166 |
| | |
| § 2. L'efficacité relative du contrôle opéré par le juge | 170 |
| A. Un contrôle essentiellement correctif inadapté à certaines exigences des droits fondamentaux | 170 |
| 1. L'incapacité du juge à prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux..... | 171 |
| 2. La difficulté du juge à garantir la concrétisation des droits-créances | 173 |
| a. Une effectivité des droits-créances conditionnée par l'interpositio legislatoris..... | 177 |
| b. L'impuissance du juge face à l'inertie des pouvoirs publics | 180 |
| 3. Le dépassement délicat du strict contrôle de légalité : la difficile prise en considération de l'équité | 184 |
| B. Un contrôle essentiellement correctif souffrant lui-même d'imperfections | 188 |
| 1. Un contrôle défaillant dans ses modalités d'exercice | 188 |
| a. La lenteur de la justice..... | 188 |
| b. L'incapacité du juge à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics..... | 190 |
| 2. Un contrôle défaillant dans ses effets : la survivance d'entraves à l'exécution des décisions de justice | 195 |
| | |
| § 3. L'attachement parfois altéré du juge aux droits fondamentaux | 199 |
| A. La résistance aux évolutions dans le domaine des droits fondamentaux | 199 |
| B. L'amenuisement délibéré du contrôle de certaines restrictions portées aux droits fondamentaux | 203 |

Section 2 – Le relais limité des mécanismes non juridictionnels de garantie

| | |
|--|------------|
| § 1. Les limites de la protection politico-parlementaire | 210 |
| A. Une vertu de sanction des atteintes portées aux droits fondamentaux contingente et relative | 211 |
| 1. Une surveillance quotidienne des droits fondamentaux matériellement impossible .. | 211 |

| | |
|--|-----|
| 2. Une intervention parlementaire conditionnée par le principe d’opportunité politique | 214 |
| B. Une « <i>résolution extrajudiciaire des litiges impliquant les droits fondamentaux</i> » altérée par le déclin du droit de pétition | 217 |

| | |
|---|------------|
| § 2. Les limites de la protection offerte par les autorités administratives indépendantes sectorielles | 220 |
| A. Une protection ne couvrant pas l’ensemble des droits fondamentaux | 221 |
| B. Une protection fragmentée souffrant d’un déficit de cohérence | 224 |
| 1. Une protection dépourvue d’unité de sens | 227 |
| 2. Une protection dépourvue de lisibilité et de visibilité | 229 |

Titre II L’apport de l’ombudsman specialise au systeme institutionnel de garantie des droits fondamentaux 233

Chapitre 1 – Une institution spécialement aménagée pour la protection des droits fondamentaux 235

Section 1 – Une fonction privilégiée de protection des droits fondamentaux 237

| | |
|--|------------|
| § 1. Une fonction sensiblement différente du modèle classique de l’ombudsman | 237 |
| A. Une fonction originelle de résolution des hypothèses de « maladministration » | 238 |
| 1. L’ambiguïté de la notion de « maladministration » | 238 |
| 2. La filiation traditionnelle entre ombudsman et « maladministration » | 242 |
| B. Une fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux | 245 |
| 1. Un renouvellement impulsé par la péninsule ibérique | 246 |
| a. Un renouvellement imperceptible à la seule lecture de la Constitution portugaise | 246 |
| b. Un renouvellement explicitement consacré par l’article 54 de la Constitution espagnole | 249 |
| 2. Un renouvellement réceptionné par la France | 252 |
| § 2. Une fonction appréhendée largement | 256 |
| A. Une protection de l’ensemble des droits fondamentaux | 256 |
| B. Une protection de l’ensemble des bénéficiaires des droits fondamentaux | 260 |
| 1. Les nationaux et les étrangers | 262 |
| 2. Les personnes physiques et les personnes morales | 263 |
| C. Une protection contre la majorité des « <i>débiteurs</i> » des droits fondamentaux | 264 |
| 1. L’administration publique, domaine de compétence privilégié de l’ <i>human rights ombudsman</i> | 265 |
| a. Un domaine de compétence englobant l’ensemble des administrations | 266 |
| b. L’existence d’aménagements dans les domaines spécifiques de l’administration militaire et de la justice | 270 |
| 2. Le législateur, domaine de compétence secondaire de l’ombudsman spécialisé | 273 |
| 3. Les rapports entre personnes privées, domaine de compétence spécifique au Défenseur des droits et au <i>Provedor de Justiça</i> | 273 |

Section 2 – Un statut approprié à la protection des droits fondamentaux . 276

| | |
|--|------------|
| § 1. Une institution indépendante et autonome constitutionnellement consacrée | 276 |
| | |
| A. Une reconnaissance constitutionnelle insuffisante pour garantir l'indépendance de l'institution | 277 |
| 1. Un facteur de pérennisation et de légitimation davantage que d'indépendance | 278 |
| 2. Un facteur d'interrogation quant à la nature juridique de l'institution | 279 |
| B. Une indépendance principalement garantie par le mode de nomination et le statut du titulaire de la fonction | 283 |
| 1. Un mode de nomination source d'indépendance variable selon le système juridique considéré | 284 |
| a. Un facteur d'indépendance évident sur la Péninsule ibérique | 285 |
| b. Un facteur d'indépendance plus relatif en France | 286 |
| 2. Une protection du titulaire de la fonction garantissant l'exercice de cette dernière en toute indépendance | 288 |
| a. Les garanties relatives à l'exercice du mandat | 289 |
| b. Un régime étendu d'incompatibilités | 290 |
| c. Un strict régime d'immunités | 291 |
| d. L'inamovibilité du titulaire de la fonction | 293 |
| | |
| § 2. Une institution pourvue de ressources propres | 294 |
| A. La mise à disposition de moyens humains | 294 |
| B. La mise à disposition de moyens financiers | 298 |
| | |
| § 3. Une organisation cohérente et adaptée | 299 |
| A. Un organe unipersonnel disposant de services spécialisés | 299 |
| 1. Un organe unipersonnel | 299 |
| 2. Le soutien de services spécialisés | 302 |
| B. Un organe unipersonnel disposant de relais territoriaux | 304 |

Section 3 – Des modalités d'intervention adaptées à la protection des droits fondamentaux 307

| | |
|---|------------|
| § 1. Une saisine de l'institution facilitée | 308 |
| A. La diversité des voies d'accès | 308 |
| 1. La saisine à l'initiative des particuliers | 308 |
| 2. La saisine par les organes et les membres du Parlement | 310 |
| 3. La capacité d'action d'office | 311 |
| B. La souplesse des conditions de recevabilité des plaintes | 312 |
| 1. Les conditions formelles | 313 |
| 2. Les conditions procédurales | 314 |
| 3. Les conditions de fond | 316 |
| | |
| § 2. Une procédure d'investigation favorable à la vérification des atteintes portées aux droits fondamentaux | 318 |
| A. Une procédure informelle | 318 |
| B. L'ampleur des pouvoirs d'enquête | 319 |
| 1. L'audition des personnes mises en cause | 319 |

| | |
|--|------------|
| 2. Le libre accès aux documents administratifs | 320 |
| 3. La capacité d'effectuer des vérifications sur place | 322 |
| § 3. Des prérogatives étendues | 324 |
| A. Une magistrature d'influence dépourvue de pouvoirs contraignants | 325 |
| B. L'attribution de prérogatives non-contentieuses classiques | 328 |
| 1. La recommandation, prérogative prototypique de l'ombudsman | 328 |
| a. Les recommandations à finalité non normative | 329 |
| b. Les recommandations à finalité normative | 331 |
| 2. La saisine de l'autorité hiérarchique investie du pouvoir disciplinaire, prérogative propre au Défenseur des droits et au <i>Provedor de Justiça</i> | 332 |
| 3. La résolution amiable des différends, prérogative spécifique au Défenseur des droits | 333 |
| C. L'adjonction de prérogatives « <i>semi-contentieuses</i> » plus originales de saisine du juge | 335 |
| 1. Une faculté commune au Défenseur des droits et au modèle ibérique de saisine du juge ordinaire | 336 |
| 2. Une faculté spécifique au modèle ibérique : la saisine du Tribunal constitutionnel | 338 |
| a. La possibilité de saisir le Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité, prérogative commune au Provedor de Justiça et au Défenseur du Peuple | 340 |
| b. L'existence de prérogatives spécifiques à chaque institution | 342 |

Chapitre 2 – Une institution conçue pour compléter les mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux 346

Section 1 – Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux 347

| | |
|--|------------|
| § 1. Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes juridictionnels de garantie ... | 348 |
| A. Une protection moins aléatoire que la garantie juridictionnelle dans sa mise en œuvre | 349 |
| 1. Une accessibilité supérieure à celle du juge | 349 |
| a. Des modalités d'accès attractives | 350 |
| b. Une institution inspirant confiance | 352 |
| 2. Le complément bienvenu de l'action d'office | 354 |
| B. Une protection distincte de la garantie juridictionnelle dans ses modalités d'exercice | 355 |
| 1. Une protection plus étendue que le juge : le dépassement du seul contrôle correctif | 356 |
| a. La faculté de prévenir les atteintes portées aux droits fondamentaux | 357 |
| b. La faculté d'encourager la concrétisation des droits-créances | 361 |
| c. La faculté de promouvoir la modernisation des normes de droits fondamentaux | 365 |
| 2. Un contrôle correctif procédant d'une philosophie différente de la garantie juridictionnelle | 368 |
| a. La résolution de litiges résistibles au juge | 368 |
| b. Le dépassement du strict contrôle de légalité | 371 |
| C. Une protection à certains endroits plus efficace que la garantie juridictionnelle dans ses effets | 375 |
| 1. Une recherche d'adhésion des débiteurs des droits fondamentaux aux solutions proposées | 375 |
| a. Des solutions revêtues de la qualité de la chose acceptée | 375 |

| | |
|---|----------------|
| b. Des solutions jouissant d'une pérennité certaine..... | 381 |
| 2. Une vertu de rapprochement des citoyens et des pouvoirs publics..... | 383 |
| § 2. Un palliatif à l'insuffisance des mécanismes non juridictionnels de garantie | 386 |
| A. Une protection apolitique échappant à la relativité et à la contingence de la protection politico-parlementaire | 386 |
| 1. Une autorité indépendante affranchie des considérations politiques du Parlement | 387 |
| 2. Une réactivité favorisant une surveillance de l'activité administrative plus étroite que le Parlement | 388 |
| B. Une protection unitaire davantage identifiable et uniforme que la protection des autorités indépendantes sectorielles | 391 |
| 1. Une visibilité supérieure à celle des autorités indépendantes sectorielles | 391 |
| 2. Une notoriété supérieure à celle des autorités indépendantes sectorielles..... | 393 |
| 3. Une uniformité étrangère aux autorités indépendantes sectorielles | 394 |
| Section 2 – Un collaborateur des mécanismes classiques de garantie des droits fondamentaux | 396 |
| § 1. Un catalyseur de la protection offerte par les mécanismes classiques de garantie | 396 |
| A. Un catalyseur de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux..... | 397 |
| 1. Un catalyseur du contrôle opéré par la juridiction constitutionnelle | 398 |
| 2. Un catalyseur du contrôle opéré par les juridictions ordinaires | 402 |
| B. Un catalyseur de la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux..... | 408 |
| 1. Un catalyseur de la protection politico-parlementaire | 408 |
| 2. Un catalyseur de la protection offerte par les autorités indépendantes sectorielles | 412 |
| § 2. Un facteur de consolidation de la garantie juridictionnelle | 415 |
| A. Le renforcement de l'accès au juge | 416 |
| B. Le désencombrement du prétoire du juge..... | 420 |
| C. La promotion de la bonne administration de la justice..... | 421 |
| Conclusion de la Première partie | 427 |
| SECONDE PARTIE UNE PROTECTION RELATIVE..... | 429 |
| Titre I Une consolidation des droits fondamentaux variable | 432 |
| Chapitre 1 – Une réussite incontestable au sein de la péninsule ibérique | 433 |
| Section 1 – Le renforcement de la protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale | 434 |
| § 1. La participation à l'ancrage des droits fondamentaux lors de la transition démocratique | 435 |
| A. La sensibilisation des citoyens et des pouvoirs publics aux valeurs des droits fondamentaux | 436 |

| | |
|--|-----|
| 1. La recherche de familiarisation des citoyens avec leurs droits fondamentaux | 436 |
| 2. L'éducation des pouvoirs publics aux exigences des droits fondamentaux | 439 |
| B. La condamnation des pratiques liberticides héritées des régimes franquiste et salazariste | 443 |

§ 2. La participation contemporaine à l'affermissement des droits fondamentaux **449**

| | |
|--|-----|
| A. Une action principalement orientée vers les droits-créances et les publics dits fragiles | 449 |
| 1. L'attention particulière portée aux droits-sociaux créances | 450 |
| a. Le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale | 454 |
| b. Le droit à la culture et à l'éducation | 459 |
| c. Le droit au logement | 463 |
| d. Le droit à l'emploi et à la sécurité matérielle | 465 |
| 2. L'attention particulière portée aux droits fondamentaux des publics dits fragiles | 468 |
| a. Les droits fondamentaux des étrangers | 469 |
| b. Les droits fondamentaux des enfants | 473 |
| c. Les droits fondamentaux des personnes handicapées | 477 |
| d. Les droits fondamentaux des détenus | 478 |
| B. Une action prenant tout de même en considération les autres catégories de droits fondamentaux | 482 |
| 1. Les libertés physiques | 482 |
| 2. Les libertés de l'esprit | 485 |
| 3. Les libertés de l'expression collective | 487 |
| 4. Les droits du contribuable et du consommateur | 489 |

Section 2 – La promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale..... **491**

§ 1. La sensibilisation des Etats étrangers aux enjeux de la protection des droits fondamentaux **492**

| | |
|---|-----|
| A. La contribution à la diffusion du modèle ibérique de l'ombudman | 493 |
| B. La contribution à la diffusion des valeurs des droits fondamentaux | 496 |

§ 2. La collaboration avec les organes étrangers et supranationaux de protection des droits fondamentaux **498**

| | |
|--|-----|
| A. La collaboration avec les <i>ombudsmen</i> nationaux étrangers | 498 |
| 1. La coopération bilatérale dans le cadre de protocoles de collaboration | 499 |
| 2. La coopération multilatérale dans le cadre des forums internationaux d' <i>ombudsmen</i> | 500 |
| B. La collaboration avec les organisations supra-étatiques de protection des droits de l'homme | 504 |

Chapitre 2 – Une réussite sans doute plus mesurée en France..... **512**

Section 1 – Un apport nécessairement en deçà du modèle ibérique..... **513**

§ 1. Des carences institutionnelles préjudiciables à l'effectivité de la mission du Défenseur des droits..... **514**

| | |
|---|------------|
| A. Le risque d'instrumentalisation du Défenseur des droits en raison de son mode de nomination..... | 515 |
| B. L'absence de prérogatives de saisine de la juridiction constitutionnelle équivalentes à celles des <i>ombudsmen</i> ibériques..... | 519 |
| § 2. Des difficultés inhérentes à la spécificité du processus de création du Défenseur des droits..... | 521 |
| A. Le risque d'interprétation <i>a minima</i> de sa mission par le représentant de l'institution..... | 522 |
| B. La délicate émergence d'une identité culturelle propre au Défenseur des droits..... | 525 |
| C. Le risque d'engorgement de l'institution..... | 530 |
| D. Une réactivité potentiellement entravée par la lourdeur du dispositif..... | 534 |
| Section 2 – Un apport toutefois non négligeable | 537 |
| § 1. Le renforcement des droits fondamentaux anciennement protégés par les autorités fusionnées..... | 538 |
| A. Une continuité certaine par rapport à la protection offerte par les autorités fusionnées..... | 538 |
| 1. Des préoccupations identiques..... | 540 |
| 2. Des stratégies d'action similaires..... | 545 |
| B. Des avancées salutaires par rapport à la protection offerte par les autorités fusionnées..... | 548 |
| 1. Le recours aux prérogatives étrangères aux autorités fusionnées..... | 550 |
| 2. Le recours aux savoir-faire des différentes autorités fusionnées..... | 553 |
| § 2. Des avancées similaires à celles des <i>ombudsmen</i> ibériques | 556 |
| A. Une préoccupation commune pour les droits-sociaux créances et les droits fondamentaux des personnes vulnérables..... | 556 |
| 1. Les droits-sociaux créances..... | 558 |
| a. Le droit à la protection de la santé et à la sécurité sociale..... | 559 |
| b. Le droit à l'éducation..... | 562 |
| c. Le droit au logement..... | 564 |
| d. Le droit à l'emploi et à la sécurité matérielle..... | 567 |
| 2. Les personnes vulnérables..... | 571 |
| a. Les droits fondamentaux des personnes handicapées..... | 571 |
| b. Les droits fondamentaux des enfants..... | 573 |
| c. Les droits fondamentaux des étrangers..... | 575 |
| d. Les droits fondamentaux des détenus..... | 578 |
| B. Une préoccupation commune pour la promotion de la protection des droits fondamentaux à l'échelle internationale..... | 580 |
| 1. La collaboration avec les <i>ombudsmen</i> étrangers..... | 581 |
| a. La coopération bilatérale..... | 581 |
| b. La coopération multilatérale..... | 582 |
| 2. La collaboration avec les organisations supra-étatiques de protection des droits de l'homme..... | 585 |

Titre II Une consolidation des droits fondamentaux perfectible 589

Chapitre 1 – Des voies de perfectionnement communes aux modèles ibérique et français de l’ombudsman spécialisé 590

Section 1 – L’identification d’insuffisances inhérentes à l’institution 590

§ 1. L’absence de pouvoir de contrainte 590

A. Une insuffisance préjudiciable à la prise en compte des solutions proposées par l’institution 591

B. Une insuffisance difficilement surmontable 595

1. L’octroi de moyens coercitifs, une solution incompatible avec la raison d’être de l’institution 596

2. Le recours envisageable à des solutions alternatives 596

a. Le renforcement de l’autorité de l’institution par le recours à la publicité 597

b. Le renforcement de l’indépendance de l’institution 598

§ 2. L’absence d’effet suspensif de la saisine de l’ombudsman sur les délais de recours administratifs et contentieux 600

Section 2 – L’identification d’insuffisances étrangères à l’institution 602

§ 1. Une vertu de concrétisation des droits-sociaux créances potentiellement entravée par les aléas de la conjoncture économique 602

A. Les droits-sociaux créances, une catégorie de droits tributaire des ressources financières étatiques 603

B. Le déficit de ressources financières étatiques, un obstacle à la réception des recommandations de l’ombudsman intéressant les droits-créances 606

C. Une solution alternative appréciable : l’influence exercée par l’ombudsman spécialisé en matière de répartition du budget alloué aux politiques sociales 608

§ 2. Une institution souffrant d’un déficit de notoriété auprès de la population 610

A. Une intensité variable selon le public considéré 610

1. La méconnaissance de l’existence de l’institution par les catégories sociales défavorisées 611

2. La méconnaissance de la raison d’être de l’institution par les autres catégories sociales 613

B. Les solutions envisageables 617

1. Le recours à l’action d’office, une solution d’efficacité limitée 618

2. Le recours à la publicité, la solution préférentielle 619

Chapitre 2 – Des voies de perfectionnement propres à chaque modèle 626

Section 1 – Les voies de perfectionnement propres au modèle ibérique 626

§ 1. Une autorité non juridictionnelle atteinte de carences institutionnelles 626

| | |
|---|-----|
| A. Des carences institutionnelles partagées par le Défenseur du Peuple et le <i>Provedor de Justiça</i> | 627 |
| 1. L'absence de prérogatives semi-contentieuses de saisine de la juridiction administrative | 627 |
| 2. L'obligation de transmission des plaintes intéressant l'administration de la justice à l'autorité judiciaire compétente | 631 |
| B. Des carences institutionnelles spécifiques au Défenseur du Peuple..... | 633 |
| 1. L'irrecevabilité des plaintes au-delà d'un délai d'un an à compter de la survenance des faits | 635 |
| 2. La survenance de vacances prolongées de la fonction de Défenseur du Peuple lors de la nomination d'un nouveau représentant | 636 |
| 3. L'impossibilité de connaître des effets horizontaux des droits fondamentaux | 638 |

§ 2. Une autorité non juridictionnelle concurrencée par des institutions similaires

| | |
|--|-----|
| A. La concurrence des <i>ombudsmen</i> régionaux, une problématique spécifique à l'Espagne | 641 |
| 1. Une problématique passablement résolue en l'état actuel du droit positif..... | 643 |
| a. Un encadrement lacunaire des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes | 644 |
| b. Un encadrement actuellement dépassé des rapports entre le Défenseur du Peuple et les organes similaires des Communautés autonomes | 648 |
| 2. Une problématique récemment réactivée en Catalogne..... | 652 |
| B. La concurrence des autorités indépendantes sectorielles, une problématique partagée par l'Espagne et le Portugal | 655 |
| 1. L'utilité indiscutable de certaines de ces autorités..... | 656 |
| 2. Le risque de « rivalités » avec l' <i>human rights ombudsman</i> | 659 |
| 3. La nécessaire mise en place de mécanismes de collaboration | 661 |

Section 2 – Les voies de perfectionnement propres au Défenseur des droits

§ 1. La nécessaire mise en adéquation institutionnelle du Défenseur des droits sur le modèle ibérique de référence

| | |
|---|-----|
| A. Renforcer les relations avec le Parlement | 667 |
| 1. L'alignement du mode de nomination du Défenseur des droits sur le système ibérique | 667 |
| a. La nécessité d'un système d'élection parlementaire pure..... | 668 |
| b. Un facteur de légitimation du Défenseur des droits | 671 |
| 2. La nécessaire mise en place de mécanismes de collaboration | 672 |
| B. L'ouverture du droit de saisine <i>a priori</i> du Conseil constitutionnel..... | 674 |
| 1. Un corollaire indispensable de la fonction de protection des droits fondamentaux confiée au Défenseur des droits | 675 |
| 2. Un corollaire appelant un encadrement rigoureux | 679 |
| C. Renforcer les moyens humains et financiers attribués à l'institution | 680 |

§ 2. Le nécessaire ancrage du Défenseur des droits

| | |
|---|-----|
| A. L'ancrage culturel..... | 684 |
| 1. L'appropriation du Défenseur des droits, facteur déterminant de l'ancrage culturel.. | 684 |
| a. L'appropriation par les bénéficiaires des droits fondamentaux | 685 |

| | |
|--|------------|
| b. L'appropriation par les autres organes de garantie..... | 687 |
| c. L'appropriation par les membres de l'institution..... | 688 |
| 2. La spécificité du processus de création du Défenseur des droits, facteur de résistance à l'ancrage culturel | 690 |
| a. Un phénomène inhérent à toute création institutionnelle..... | 693 |
| b. Un phénomène exacerbé s'agissant du Défenseur des droits | 694 |
| 3. La légitimation du Défenseur des droits, préalable indispensable à l'ancrage culturel | 697 |
| a. Les acteurs du processus de légitimation..... | 700 |
| b. Les fondements du processus de légitimation | 702 |
| B. L'ancrage temporel..... | 705 |
| 1. L'inscription de l'institution dans la durée | 706 |
| 2. La construction de l'institution dans la durée | 708 |
| a. Un processus nécessairement long | 710 |
| b. Un processus nécessairement aléatoire..... | 711 |
| Conclusion de la Seconde partie | 714 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 715 |
| Annexes | 721 |
| Bibliographie | 731 |
| Index des jugements, des arrêts, des décisions, des ordonnances et des avis | 791 |
| Index alphabétique..... | 799 |
| Table des matières..... | 809 |