



HAL
open science

L'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique

Dimitri Löhrer

► **To cite this version:**

Dimitri Löhrer. L'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique. Virginie Donier; Béatrice Lapérou-Schneider. L'accès au juge : recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruylant, pp.897, 2013, 9782802737773. halshs-01465146

HAL Id: halshs-01465146

<https://shs.hal.science/halshs-01465146>

Submitted on 23 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique

Dimitri Löhner

A.T.E.R. à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (IE2IA)

A travers son *Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux*, le Professeur Otto Pfersmann, s'interrogeant sur la distinction entre bénéficiaires et titulaires des droits fondamentaux, indique qu'« il peut y avoir un droit [...] 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 »¹. A l'évidence, c'est au regard d'un tel postulat que doit être appréhendé l'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique. Revêtus de prérogatives semi-contentieuses innovantes de saisine de l'organe juridictionnel en charge de garantir la suprématie de la Constitution, le Défenseur du Peuple espagnol et le Provedor de Justiça portugais, en tant qu'institutions directement accessibles aux particuliers, offrent aux bénéficiaires des droits fondamentaux un accès indirect au prétoire du juge de la constitutionnalité.

Peu connue de ce côté des Pyrénées, cette faculté dont jouit l'ombudsman ibérique de saisir la juridiction constitutionnelle à de quoi laisser perplexe. En effet, classiquement défini comme un organe non juridictionnel indépendant dont la fonction consiste, sur la base des plaintes qui lui sont adressées, à remédier aux erreurs et aux injustices commises par les pouvoirs publics, l'ombudsman, entendu dans sa forme originelle, ne dispose d'aucune prérogative équivalente. Dépourvu de pouvoirs contraignants, il ne compte que sur sa magistrature d'influence pour mener à bien sa mission².

L'adjonction de telles prérogatives semi-contentieuses trouve cependant une explication logique à l'aune de deux facteurs, intimement liés, que sont, d'un côté, la spécificité du contexte de mise en place de l'ombudsman sur la péninsule ibérique, de l'autre, l'attribution au Défenseur du Peuple et au Provedor de Justiça d'une fonction renouvelée de protection des droits fondamentaux. Soucieux de renouer avec les valeurs de l'Etat de droit à la sortie des dictatures franquiste et salazariste, l'Espagne et le Portugal de la fin des années 1970 ont effectivement entrevu dans

¹ O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in L. FAVOREU (dir.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 3^e ed., 2005, p. 103.

² Pour des définitions de la notion d'ombudsman, v. : Rh. BOUSTA, « Contribution à une définition de l'ombudsman », *R.F.A.P.*, 2007, p. 387 ; D.C. ROWAT, *El ombudsman en el mundo*, trad. C. GINER DE GRADO, Teide, 1990 ; A. LEGRAND, *L'Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., 1970.

l'ombudsman une autorité susceptible de faciliter le processus de transition démocratique. Dans ces conditions, il est apparu souhaitable de confier à l'institution une fonction privilégiée de défense des droits et libertés et, afin d'en optimiser l'exercice, de lui permettre de saisir le Tribunal constitutionnel des normes juridiques liberticides portées à sa connaissance.

Rien de tel en France où le Défenseur des droits, bien qu'inspiré du modèle ibérique, ne peut recourir à la juridiction constitutionnelle. Préconisée par le Comité Balladur³, l'attribution d'une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées n'a pas été retenue par le constituant. Certes, d'aucuns laissent sous-entendre que le nouveau Défenseur serait en mesure, dans le cadre des observations qu'il est amené à présenter devant le juge ordinaire⁴, de soulever une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁵. Pour autant, force est d'admettre qu'une telle alternative, si elle ne contredit par les dispositions textuelles intéressant la QPC, n'apparaît pas explicitement à la lecture de la loi organique relative au Défenseur des droits. A la vérité, peut-être faut-il voir là une conséquence de la rupture du lien traditionnel 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. Etrangère au contexte de transition démocratique ayant présidé à la mise en place de l'ombudsman sur la péninsule ibérique, la création du Défenseur des droits a probablement fait l'objet d'une attention sensiblement moins importante de la part du constituant et du législateur français que ses homologues espagnols et portugais. Cette thèse s'avère d'autant plus plausible que la réception du modèle ibérique de l'ombudsman par les pays d'Amérique latine et d'Europe de l'Est, dans un contexte similaire de transition démocratique, s'est également distinguée par l'attribution de prérogatives semi-contentieuses à l'institution.

Quoiqu'il en soit, le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça se présentent comme des *ombudsmen* atypiques car, en même temps qu'ils constituent des voies de contournement du juge, ils permettent d'en renforcer sensiblement l'accès. Sur ce point, il convient toutefois de souligner, avec le Professeur Pierre Bon⁶, que les choses se présentent sous un angle sensiblement différent 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

³Une 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., 2007, p. 93.

⁴ Art. 33-2 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *J.O.*, 30 mars 2011, p. 5497.

⁵ Point de vue défendu par le Secrétaire général du Défenseur des droits Richard Senghor (propos recueillis à l'occasion d'un entretien tenu à Paris le 8 décembre 2011).

⁶ P. BON, « Présentation générale », in, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica, P.U.A.M., 1989, p. 83.

constitutionnel direct⁷, en Espagne, les prérogatives semi-contentieuses attribuées au Défenseur du Peuple jouent un rôle davantage résiduel dès lors que 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*. Cela étant, il importe de 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* étant donné 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 que sont, d'une part, sa limitation aux seuls droits-libertés classiques consacrés par les articles 14 à 30 de la Constitution⁸, d'autre part, l'exclusion des actes de valeur législative de son champ d'application⁹.

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 et, par la même, de l'ensemble des droits fondamentaux. Aussi apparaît-il indispensable de s'interroger sur le fonctionnement de cette voie de droit et, surtout, d'en mesurer l'efficacité concrète. Pour ce faire, il conviendra de démontrer que l'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça se présente comme une voie d'accès indirecte et maîtrisée par l'ombudsman (I), dont l'usage se révèle strictement conditionné (II), de sorte que son utilisation demeure occasionnelle en pratique (III).

I- Un accès indirect maîtrisé par l'ombudsman

Rendu possible par les prérogatives semi-contentieuses du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça (A), l'accès au Tribunal constitutionnel par l'intermédiaire de l'ombudsman ibérique se doit d'être qualifié d'indirect et de maîtrisé par l'ombudsman puisque, en définitive, lui seul décide de recourir au Tribunal constitutionnel (B).

A- Un accès rendu possible par les prérogatives semi-contentieuses de l'ombudsman

⁷ En ce sens, v. par ex. J.J. GOMES CANOTILHO et VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 4^e ed., 2007, p. 443.

⁸ Art. 53-2 de la Constitution espagnole.

⁹ Il importe toutefois de préciser que « *si l'acte déferé 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, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 83).

Deux catégories de prérogatives permettent au Défenseur du Peuple et au Provedor de Justiça de saisir le juge de la constitutionnalité. Une compétence commune aux deux institutions d'introduction de recours en inconstitutionnalité (1) et 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 (2).

1- Une prérogative commune au Défenseur du Peuple et au Provedor de Justiça de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en inconstitutionnalité

Comptant parmi les prérogatives les plus remarquables de l'ombudsman ibérique¹⁰, la faculté donnée au Défenseur du Peuple et au Provedor de Justiça de déclencher une procédure de contrôle abstrait des normes 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 partisanses »¹¹.

Ainsi, en Espagne, le Défenseur est habilité, au terme de l'article 31-2 b) de la loi organique du Tribunal constitutionnel (LOTC) et de l'article 29 de la loi organique du Défenseur du Peuple (LODP), à former un recours en inconstitutionnalité, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la disposition contestée, contre les statuts d'autonomie et les autres lois de l'Etat, les dispositions normatives et les actes de l'Etat ou des Communautés autonomes ayant force de loi, les traités internationaux et les règlements des Chambres et des Cortès générales.

Au Portugal, la capacité du Provedor de Justiça à introduire un recours en inconstitutionnalité contre toute norme¹², consacrée par l'article 281-2 d) de la Constitution et l'article 20-3 du statut du Provedor, n'est soumise à aucune considération de délais. Par ailleurs, cette faculté se double d'une compétence originale de saisine du Tribunal constitutionnel de recours en déclaration d'illégalité¹³.

2- Des prérogatives spécifiques à chaque ombudsman

¹⁰ En ce sens, v. A. MORA, *El libro del Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo, 2003, p. 86.

¹¹ P. BON, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 83.

¹² Art. 281-1 a) de la Constitution portugaise.

¹³ Art. 281-1 de la Constitution portugaise.

Tandis que le Défenseur du Peuple jouit d'une légitimité active en matière d'*amparo* constitutionnel, le Provedor de Justiça dispose de la faculté d'introduire des recours en inconstitutionnalité par omission.

En Espagne, la possibilité donnée au 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 LODP et 46 de la LOTC, ne présente *a priori* que peu d'intérêt pour le particulier dans la mesure où cette voie de droit lui est également ouverte. Ce serait toutefois sans compter sur le fait que l'introduction d'un tel recours par l'intermédiaire du Défenseur présente, d'une part, l'avantage de la gratuité, d'autre part, une dimension symbolique particulière puisque l'autorité de l'institution rejaillit dessus¹⁴.

Au Portugal, la compétence du Provedor de Justiça en matière de saisine du Tribunal constitutionnel de recours par omission permet au particulier de revendiquer la matérialisation de ses droits et libertés constitutionnellement consacrés. Prévue par l'article 283-1 de la Constitution et l'article 20-4 du statut du Provedor, cette voie de recours, en tant qu'elle conduit le juge à constater l'inertie de l'organe législatif, se révèle, en effet, on ne peut plus adaptée à la concrétisation des droits et libertés dont l'effectivité se trouve conditionnée par l'*interpositio legislatoris*, en tête desquels les droits-créances.

Rendu possible par les prérogatives semi-contentieuses dont jouit l'ombudsman ibérique, l'accès au Tribunal constitutionnel par l'intermédiaire de l'*human rights ombudsman* relève, finalement, d'une décision discrétionnaire du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça.

B- Un accès laissé à la libre appréciation de l'ombudsman

Si l'ensemble des personnes, physiques et morales, nationales comme étrangères, sont habilitées à solliciter l'intervention des *ombudsmen* espagnol et portugais afin qu'ils recourent au Tribunal constitutionnel, une fois saisis, le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça demeurent les seuls décisionnaires de la suite à donner à de telles demandes.

¹⁴ Sur ce dernier point, l'éventuelle possibilité laissée au Défenseur français de soulever des QPC est susceptible de présenter un avantage similaire.

Afin d'appréhender ce phénomène, il convient de partir du postulat selon lequel la fonction de défense des droits fondamentaux poursuivie par l'ombudsman ibérique revêt une nature exclusivement objective¹⁵. A savoir que lorsqu'il entend faire cesser une atteinte portée à un droit fondamental, l'ombudsman 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. Aussi les recours juridictionnels qu'il introduit ne sont exercés que dans le seul intérêt de la Constitution et non pour le compte de la personne victime d'actes irréguliers. 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 des citoyens qui lui adressent des plaintes ayant pour objet la saisine du juge constitutionnel¹⁶.

De cette dimension objective des recours introduits par l'ombudsman, il en résulte 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 leurs sont adressées aux fins de saisir le juge de la constitutionnalité. Or, les critères dégagés à ce jour participent d'un encadrement rigoureux de cette voie de droit.

II- Un accès rigoureusement encadré

Intimement liée aux dangers que font peser sur l'ombudsman ibérique ses prérogatives semi-contentieuses (A), la rigueur des conditions d'accès au Tribunal constitutionnel par l'intermédiaire de l'ombudsman se veut essentiellement l'œuvre de la « jurisprudence » du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça (B).

A- La dangerosité potentielle des prérogatives semi-contentieuses attribuées à l'ombudsman

Organe de protection non juridictionnelle, le propre de l'ombudsman réside dans le caractère essentiellement incitatif de ses prérogatives¹⁷. Dépourvue de pouvoirs contraignants, l'institution

¹⁵ Sur ce point, v. : M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, Provedoria de Justiça, 2008, p. 55 ; L. PAREJO ALFONSO, 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*, Universidad Carlos III, 1992, p. 208.

¹⁶ M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ En ce sens, v. par ex. : C. GINER DE GRADO, *Los ombudsmen europeos, Defensor del Pueblo*, Tibidabo Edicions S.A., 1986, pp. 17 et ss. ; M. PEREZ-UGENA Y COROMINA, *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los diputados, 1996, p. 121.

ne dispose d'aucune autre autorité que morale. Elle se présente comme un contre-pouvoir dont la fonction consiste 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 »¹⁸. A ce titre, l'ombudsman est classiquement assimilé à une magistrature d'influence¹⁹.

Or, aux yeux de bon nombre d'auteurs, les prérogatives semi-contentieuses attribuées à l'ombudsman ibérique, en tant qu'elles conduisent ce dernier à s'ériger en magistrature de participation²⁰, s'inscriraient en contradiction avec sa magistrature d'influence et, ce faisant, participeraient d'une dénaturation de l'institution²¹. A cette observation générale s'ajoutent deux critiques spécifiques aux recours en inconstitutionnalité et par omission²². En premier lieu, de tels recours excèderaient le cadre de la mission poursuivie par l'ombudsman dans la mesure où le contrôle qui en résulte n'a pas pour fonction exclusive la protection des droits fondamentaux, mais une finalité plus générale de garantie de la suprématie de la Constitution. En second lieu, la légitimité active de l'ombudsman en matière de recours en inconstitutionnalité et par omission, de par la « portée éthique et politique de grande envergure »²³ que présentent ces recours, porterait en elle-même le germe d'une politisation de l'institution de nature à attenter à sa neutralité²⁴.

A l'évidence, ces critiques n'emportent que partiellement l'adhésion. Au-delà du fait que les prérogatives semi-contentieuses de l'ombudsman permettent de pallier les difficultés d'accès au juge rencontrées par le justiciable, de telles attributions, d'une part, ne conduisent pas nécessairement à altérer la magistrature d'influence de l'institution, puisque l'ombudsman ne fait que remettre la prise de décision à autrui, d'autre part, s'inscrivent dans la continuité logique de la

¹⁸ P. CHRETIEN, « 1973-1983, Dix ans de médiation », *R.D.P.*, 1983, p. 1261.

¹⁹ G. NAPIONE, *L'ombudsman : Il controllore della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1969, p. 171.

²⁰ J. RUIZ-GIMENEZ CORTES, « El Defensor del Pueblo como institución constitucional, como problema y como utopia », in *Las Cortes Generales*, vol. 1, Instituto de estudios fiscales, 1987, p. 318.

²¹ En ce sens, v. : 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, 1978, p. 11 ; C. SAMPAIO VENTURA, *Direitos humanos e Ombudsman, Paradigma para uma instituição secular*, Provedoria de Justiça, 2007, p. 112.

²² L'attribution au Défenseur du Peuple d'une légitimité active en matière de recours d'*amparo* a fait l'objet d'un accueil plus favorable dans la mesure où le contrôle auquel donne lieu un tel recours a pour fonction exclusive la protection des droits fondamentaux (sur ce point, v. M. DAPENA BAQUEIRO, *Ley orgánica del Defensor del Pueblo (« ombudsman »)*, Instituto nacional de prospectiva, Cuadernos de documentación 1, 1980, p. 18).

²³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe a las Cortes Generales 1984*, Publicaciones del Congreso de los diputados, 1984, p. 13.

²⁴ En ce sens, v. : Á. GIL-ROBLES, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Instituto nacional de administración pública, 2^e ed., 1981, p. 314 ; 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*, Provedoria de Justiça, 2006, p. 58.

spécialisation du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça dans la protection des droits et libertés.

Il n'en demeure pas moins vrai que la plus grande prudence doit guider l'institution dans l'utilisation de ces prérogatives. Car, outre le risque de politisation, l'ombudsman ibérique gagnerait à ne pas trop s'éparpiller sur des questions n'intéressant pas directement les droits fondamentaux. Conscients de tels dangers, le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça se sont efforcés de conditionner strictement l'usage de leurs attributions semi-contentieuses.

B- L'usage strictement conditionné des prérogatives semi-contentieuses attribuées à l'ombudsman

Animés par un souci de prudence²⁵, le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça ont, dès leurs premières années d'activité, précisé avec la plus grande clarté possible les conditions d'utilisation de leurs prérogatives semi-contentieuses. Relativement strictes, ces conditions participent d'un encadrement rigoureux de l'accès à la juridiction constitutionnelle, et ce aussi bien dans le cadre du recours en inconstitutionnalité (1) que des recours d'*amparo* et par omission (2).

1- Les conditions relatives au recours en inconstitutionnalité

De par son caractère potentiellement étranger au domaine d'activité de l'*human rights ombudsman*, la légitimité active du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça en matière de recours en inconstitutionnalité a alimenté un débat sur le point de savoir si l'usage de cette voie de droit devait se limiter à la seule défense des droits et libertés constitutionnellement garantis ou, au contraire, pouvait permettre la défense du texte constitutionnel dans son ensemble. Bien que la première thèse ne manque pas de sens, il convient de constater que le Tribunal constitutionnel espagnol, à travers sa décision du 15 novembre 2000²⁶, a explicitement affirmé que le domaine de compétence du Défenseur du Peuple en matière de recours en inconstitutionnalité englobe l'ensemble de la Constitution. Pour autant, et en dépit de cette jurisprudence, il apparaît que le

²⁵ En ce sens, v. not. : C. LUNA ABELLA, « Artículo 29 », *op. cit.*, p. 745 ; PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório da actividade ano 1993*, Provedoria de Justiça, 1993, p. 168.

²⁶ STC 274/2000, 15 nov. 2000, B.O.E., 14 déc. 2000.

Défenseur, à l'image de son homologue portugais, entend, de façon somme toute logique, limiter l'essentiel de son activité semi-contentieuse aux questions intéressant les droits fondamentaux.

Ainsi, les critères d'utilisation du recours en inconstitutionnalité dégagés par l'ombudsman espagnol témoignent d'une recherche de conciliation entre, d'un côté, sa fonction de protection des droits et libertés, de l'autre, la volonté de ne pas s'immiscer dans des conflits politiques²⁷. Il s'ensuit que le Défenseur du Peuple refuse de faire droit à une demande d'introduction de recours en inconstitutionnalité dès lors qu'une autorité politique est également légitime pour le faire ou que la question relève d'un problème d'attributions de compétences entre les entités publiques²⁸. En somme, le Défenseur, en vue de préserver son indépendance et sa neutralité, évite d'entrer dans des considérations qui le conduiraient à se voir accuser d'opportunisme politique²⁹.

Au Portugal, le Provedor de Justiça retient une approche sensiblement identique de sa compétence en matière de recours en inconstitutionnalité. A moins que la norme juridique incriminée par le requérant présente une inconstitutionnalité flagrante, l'institution exige que les plaintes dont elle est saisie en vue de l'interposition d'un recours en inconstitutionnalité soient recevables en des termes légaux, c'est-à-dire se situent dans le cadre de son domaine d'activité : la protection des droits fondamentaux³⁰.

Par ailleurs, et pour finir sur ce point, il convient de souligner que les *ombudsmen* espagnol et portugais, quand 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 leurs 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 retenir³¹.

2- Les conditions relatives aux recours d'*amparo* et par omission

²⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe a las Cortes Generales 1983*, Publicaciones del Congreso de los diputados, 1983, p. 20.

²⁸ En ce sens, v. C. LUNA ABELLA, « Artículo 29 », *op. cit.*, p. 746.

²⁹ Sur ce point, v. Á. GIL-ROBLES, « 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. 254.

³⁰ M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, p. 54.

³¹ Sur ces questions, v. not. : M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição*, *op. cit.*, pp. 54-56 ; Á. GIL-ROBLES, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, p. 253.

A l'instar du recours en inconstitutionnalité, les conditions d'utilisation de l'*amparo* constitutionnel et du recours en omission s'avèrent guidées par un souci de prudence.

Ceci est particulièrement vrai en Espagne où l'institution limite l'usage du recours d'*amparo* aux seules hypothèses de violations avérées des droits fondamentaux ou quand elle 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 moyens³².

Au Portugal, en revanche, les conditions relatives à l'interposition d'un recours en inconstitutionnalité par omission se révèlent plus équivoques dans la mesure où le Provedor ne semble toujours pas avoir tranché la question de savoir si l'usage de cette voie de droit doit se limiter à la seule concrétisation des normes constitutionnelles intéressant les droits fondamentaux³³. A ce jour, l'institution portugaise s'est contentée de préciser que le défaut de concrétisation de la Constitution allégué doit résulter de la violation d'une norme constitutionnelle et que ladite norme ne doit pas être applicable par elle-même³⁴.

Confrontés aux mises en garde de la doctrine la plus avertie, le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça se sont efforcés d'encadrer rigoureusement l'utilisation de leurs prérogatives semi-contentieuses. Guère contestable, un tel encadrement se traduit dans la pratique par un accès relativement mesuré du particulier au prétoire du juge constitutionnel.

III- Un accès occasionnel en pratique

Peu nombreux sur un plan strictement quantitatif (A), les recours introduits jusqu'à présent par l'ombudsman ibérique devant le Tribunal constitutionnel n'en demeurent pas moins porteurs d'avancées notables pour les droits de la personne humaine (B).

A- Un nombre de recours relativement faible

³² En ce sens, v. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe a las Cortes Generales 1983*, *op. cit.*, p. 21.

³³ C'est notamment le point de vue défendu par le Professeur Jorge Miranda (« O Provedor de Justiça : garantia constitucional de uma instituição ou garantia de uma função ? », *op. cit.*, p. 45).

³⁴ En ce sens, v. PROVIDOR DE JUSTIÇA, 12°. *Relatório do Provedor de Justiça à Assembleia da República*, Serviço do Provedor de Justiça, 1987, pp. 48-53.

Si la rigueur des conditions d'accès à la juridiction constitutionnelle dégagées par le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça implique un nombre de recours relativement faible, l'état du droit positif portugais et espagnol ne saurait pour autant être placé sur le même plan. A une saisine épisodique en Espagne (1) correspond une saisine sensiblement plus importante au Portugal (2), conséquence immédiate de l'absence de recours équivalent à l'*amparo* espagnol.

1- Une saisine épisodique en Espagne

Conduisant certains auteurs à parler de *self restraint*³⁵, le Défenseur du Peuple se distingue par un usage particulièrement modéré de ses prérogatives semi-contentieuses. En témoigne le faible nombre de recours en inconstitutionnalité introduits à ce jour. Privilégiant dans bien des hypothèses l'usage de son pouvoir de recommandation³⁶, le Défenseur, depuis sa création, a seulement saisi le Tribunal constitutionnel de 25 recours en inconstitutionnalité pour plus de 400 demandes en ce sens³⁷.

Quant au recours d'*amparo*, la saisine de la juridiction constitutionnelle se veut encore plus occasionnelle puisque l'ombudsman espagnol n'a fait usage de cette prérogative qu'à 10 reprises. Sans compter que l'ensemble de ces recours ont été introduits durant la première décennie de fonctionnement de l'institution³⁸. En conséquence de quoi le recours d'*amparo* n'occupe pas une place continue et actuelle dans le domaine d'activité de l'institution³⁹. Sans doute faut-il voir là une conséquence de la légitimité active des citoyens en la matière.

2- Une saisine plus régulière au Portugal

Plus régulièrement sollicité de demandes de saisine du juge constitutionnel que son homologue espagnol, le Provedor de Justiça voit son rôle valorisé en raison de l'absence de recours constitutionnel direct au Portugal⁴⁰. Ainsi, pour la seule période de 1976 à 1986, l'institution a été saisie d'environ 600 affaires soulevant des problèmes d'inconstitutionnalité⁴¹. Dans ces

³⁵ 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.

³⁶ Pour un exemple en ce sens, v. Á. GIL-ROBLES, « El Defensor del Pueblo y el Tribunal constitucional », *op. cit.*, pp. 255-256.

³⁷ Sources : Centro de documentación y publicaciones del Defensor del Pueblo.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ En ce sens, v. F. VIRSEDA Barca (coord.), [1982-2007], *El Defensor del Pueblo en una España en cambio, 25 años*, Trama editorial, 2007, p. 76.

⁴⁰ En ce sens, v. P. BON, « Présentation générale », *op. cit.*, p. 83.

⁴¹ *Ibid.*

conditions, l'observateur ne sera guère surpris de constater que le Provedor se trouve à l'origine d'un nombre de recours en inconstitutionnalité sensiblement plus important que l'ombudsman espagnol. Une lecture approfondie des rapports annuels adoptés par l'institution entre 1976 et 2010 indique que celle-ci a déclenché 172 fois une procédure de contrôle de constitutionnalité abstrait des normes. Il n'empêche qu'avec une moyenne d'un peu moins de cinq recours par an, l'accès au Tribunal constitutionnel par l'intermédiaire du Provedor de Justiça demeure assez mesuré. D'autant plus que cette voie de droit se révèle en perte de vitesse depuis le début des années 2000⁴². Et ce n'est pas l'activité de l'ombudsman portugais dans le cadre du recours en inconstitutionnalité par omission qui permet d'affirmer le contraire. Avec seulement 7 recours introduits en ce sens jusqu'à présent⁴³, l'exercice de cette prérogative s'avère exceptionnel⁴⁴.

Peu nombreuses, les hypothèses de saisine du Tribunal constitutionnel par le Défenseur du Peuple et le Provedor de Justiça n'en demeurent pas moins porteuses de résultats certains sur le plan de la protection des droits fondamentaux.

B- Des résultats salutaires sur le plan de la protection des droits fondamentaux

Deux facteurs permettent d'affirmer que les recours introduits par l'ombudsman ibérique devant le juge de la constitutionnalité participent d'un renforcement des droits et libertés.

En premier lieu, de tels recours aboutissent fréquemment au prononcé de déclarations d'inconstitutionnalité. Ainsi, en Espagne, 9 des 10 recours d'*amparo* introduits par le Défenseur ont été octroyés par le Tribunal constitutionnel⁴⁵, tandis que sur les 17 recours en inconstitutionnalité effectivement tranchés par le Tribunal constitutionnel⁴⁶ 10 se trouvent à l'origine d'une déclaration d'inconstitutionnalité⁴⁷. 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'inconstitutionnalité⁴⁸. Quant aux inconstitutionnalités par omission, si

⁴² 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.

⁴³ Sur ce point, v. M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição, op. cit.*, pp. 151 et ss.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Sachant que le recours restant a fait l'objet d'un désistement du Défenseur du Peuple.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Sources : Centro de documentación y publicaciones del Defensor del Pueblo.

⁴⁸ En ce sens, v. M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição, op. cit.*, p. 190.

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 eu l'occasion de statuer⁴⁹. 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 législateur⁵⁰.

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 l'ombudsman ibérique, ces dernières 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 majoritaires⁵¹. 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 garanties⁵², mais également en matière de droits économiques et sociaux, tels que le droit à la santé ou les droits des travailleurs⁵³.

En matière d'*amparo*, ensuite, le Tribunal constitutionnel espagnol a eu l'occasion de faire application du droit à un recours juridictionnel effectif⁵⁴ 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 chômage⁵⁵.

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 informatique⁵⁶, la seconde l'absence partielle de législation dans le

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 60.

⁵¹ En ce sens, v. STC 20/1985, 14 fév. 1985, *B.O.E.*, 5 mars 1985.

⁵² Sur ce mouvement jurisprudentiel, v. M. EDUARDA FERRAZ, *O Provedor de Justiça na defesa da Constituição, op. cit.*, pp. 73-110.

⁵³ *Ibid.*, pp. 110-128.

⁵⁴ STC 178/1987, 11 nov. 1987, *B.O.E.*, 10 déc. 1987.

⁵⁵ STC 209/1987, 22 déc. 1987, *B.O.E.*, 8 jan. 1988.

⁵⁶ Acórdão 182/89, 1^{er} fév. 1989, *D.R. série I*, 2 mars 1989.

domaine du droit aux prestations chômage des fonctionnaires et agents de l'administration publique ; aide matérielle prévue par l'article 59-e) de la Constitution⁵⁷.

Voie de recours indirecte maîtrisée par l'ombudsman, l'accès à la juridiction constitutionnelle par l'intermédiaire du Défenseur du Peuple et du Provedor de Justiça obéit, en définitive, à des conditions de mise en œuvre relativement rigoureuses. Essentiellement limité à la protection des droits fondamentaux, son usage, occasionnel en pratique, témoigne d'une grande prudence de la part de l'ombudsman. Une telle prudence n'en demeure pas moins légitime. Indépendamment de la lourde responsabilité que font peser sur l'institution ses prérogatives semi-contentieuses, leur utilisation ne doit pas empiéter sur son activité principale de protection des droits et libertés par le biais de moyens informels et non-contentieux. Sans compter que les recours introduits jusqu'à présent par l'ombudsman ibérique ont contribué à des avancées notables du point de vue des droits de la personne humaine.

Or, un tel constat ne va pas sans relancer le débat quant à la nécessité d'attribuer au Défenseur des droits une compétence de saisine du Conseil constitutionnel des lois non encore promulguées. A première vue, une telle prérogative ne présente que peu d'intérêt dès l'instant où la QPC offre la possibilité au justiciable d'accéder au prétoire du Conseil constitutionnel. L'intérêt serait d'autant plus limité si la pratique révèle que le Défenseur est en mesure de soulever des QPC. Deux raisons conduisent cependant à nuancer le propos. En premier lieu, le système de filtre sur lequel repose la QPC n'offre aucune certitude au particulier, pas plus qu'au Défenseur des droits, que son recours parviendra au prétoire du Conseil. En second lieu, la voie de la QPC demeure une procédure relativement longue et coûteuse dans laquelle le justiciable n'est pas nécessairement prêt à s'engager. 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 QPC, compléterait habilement le système français d'accès à la justice constitutionnelle.

⁵⁷ Acórdão 474/2002, 19 nov. 2002, D.R. série I, 18 déc. 2002.