

DEFENSEUR DES DROITS CIVIQUES (L'OMBUDSMAN) - POSSIBILITES ET LIMITES DE SON EFFICACITE

Tadeusz Zieliński*

1. En Pologne, l'institution d'ombudsman a été créée au déclin de l'époque communiste. Maintenu, voire renforcé dans la période postcommuniste, elle fonctionne à présent dans un Etat organisé à la manière des démocraties occidentales.

Aux termes de l'art. 1^{er} des dispositions constitutionnelles, maintenues en vigueur par la Loi Constitutionnelle du 17 octobre 1991, «La République de Pologne est un Etat démocratique de droit, qui met en oeuvre les principes de la justice sociale». L'économie de marché est la base du régime démocratique de l'Etat. Les agents économiques jouissent de la garantie constitutionnelle du libre exercice de l'activité économique, quelle que soit la forme de la propriété (art. 6).

A son élection, le 12 février 1992, le Défenseur des Droits Civiques en exercice (le deuxième ombudsman polonais) s'est trouvé inopinément au centre même de la période dite «tempête et passion». De profondes transformations constitutionnelles avaient apporté, d'une part, la concrétisation et l'élargissement des garanties civiques, et, d'autre, le danger d'une réforme «à raccourci» de l'Etat et du droit, effectuée en violation des droits de l'homme et du citoyen, notamment de l'égalité de tous devant la loi, sans distinction de religion, d'opinion et de biographie politiques.

Huit ans après l'adoption de la Loi sur l'Ombudsman, il convient de rappeler les origines et l'évolution assez extraordinaires de cette institution en Pologne, le premier pays de l'Europe de l'Est où elle soit mise en place et fasse partie du système de contrôle largement entendu du respect du droit dans l'Etat.

La connaissance des possibilités d'action de l'Ombudsman polonais et des difficultés de fonctionnement qu'il connaît dans des conditions constitutionnelles mouvantes, peut être utile dans les discussions sur l'évolution future de cette institution en Pologne. Elle peut aussi servir d'une source précieuse d'information pour les étrangers sur les garanties de l'action efficace des médiateurs, quel que soit le pays où ils exercent leur mission.

Les réflexions qui suivent ont pour point de départ la thèse selon laquelle la fonction d'ombudsman n'a de raison d'être que dans les pays démocratiques qui reconnaissent le pluralisme politique et sont idéologiquement neutres (laïcs). Dans un Etat totalitaire

* Professeur de droit du travail à l'Université Jagellonne à Cracovie, Défenseur des Droits Civiques de 1992 à 1996.

où une seule idéologie (politique, religieuse) est de mise, l'ombudsman ne peut défendre efficacement les droits des gens qui pensent autrement, les droits des minorités religieuses et des incroyants.

II. L'ombudsman au déclin de l'Etat totalitaire - belle façade ou signe annonciateur de la démocratie?

Avant le changement de régime en décembre 1989, la Pologne était un état fondé sur la dictature du parti marxiste-léniniste. Un Etat à idéologie totalitaire, où l'expression d'opinions non conformes à la doctrine officielle était étouffée au moyen de mesures administratives dont disposait le censeur. Le pouvoir réel était concentré dans les organes centraux d'un seul parti, lequel contrôlait pratiquement la nomination des cadres dans toutes les administrations, grâce à ce qu'on appelait la «nomenclature» des fonctions de direction.

La création, en 1987, de l'institution d'ombudsman, appelé Défenseur des Droits Civiques, fut un événement parfaitement étranger aux principes de l'Etat communiste. A cette époque-là, comme le régime socialiste n'avait pas encore cédé la place au régime libéral-démocratique, la création d'une telle institution - indépendante des autres organes de l'Etat et responsable seulement devant la Diète, selon les règles fixées par la loi - pouvait paraître prématurée. Rappelons qu'en Espagne, c'est seulement après la fin de la dictature et les premières élections démocratiques que la Constitution de 1978 a institué la fonction de Défenseur du Peuple (Defensore del Pueblo).

Certes, la création de la fonction d'ombudsman avait devancé de 2 ans le changement de régime en Pologne. Si l'on en cherche la raison, il faut la voir dans les intentions des pouvoirs publics de l'époque, qui, voulant apaiser l'agitation sociale croissante, «avaient offert au peuple» cette institution démocratique, peut-être dans l'espoir qu'elle aurait davantage un caractère décoratif, plutôt que dans la volonté de la voir fonctionner conformément aux principes d'une vraie démocratie.

Par ailleurs, les autorités comptaient garder leur influence sur la nomination de l'ombudsman par la Diète, laquelle, n'étant pas éligible dans les élections libres, n'était pas réellement représentative de la société. Pourtant, le professeur Ewa Łętowska, élue à cette fonction en 1987, s'est montrée indépendante, car elle a su user des vastes compétences que la loi de 1987 attribue à l'ombudsman.

Deux importantes conclusions concernant les possibilités d'action de l'ombudsman en faveur des droits et libertés des citoyens découlent de l'historique ci-dessus esquissé et des activités de celui-ci à l'époque où le régime politique de la Pologne n'était pas démocratique. Premièrement, l'ombudsman peut agir efficacement si la loi lui garantit des compétences déterminées et son indépendance des autres organes de l'Etat. Deuxièmement, la réalisation authentique des compétences attribuées à l'ombudsman dépend de la personnalité de celui qui assume cette fonction, en particulier de son esprit d'indépendance, réfractaire aux influences des forces politiques et à toute autre pression politique.

Cependant, les deux premières années d'activité du premier ombudsman polonais étaient marquées par des difficultés de réalisation des droits et libertés politiques des citoyens (le droit syndical, le droit de réunion, le droit d'expression de ses convictions dans la presse, à la radio-tv et dans les publications soumises à la censure). Il s'est avéré que l'efficacité d'action de l'ombudsman fondée sur son énergie et indépendance, avait des limites et qu'elle était conditionnée par la politique. Ceci nous amène à une troisième conclusion importante pour notre sujet, à savoir que les limites des possibilités de l'ombudsman sont déterminées par la loi, ainsi que par le système politique restrictif des libertés civiles.

L'ombudsman polonais n'a jamais pu - et ne peut toujours pas - agir en faveur des droits et libertés civiles au-delà des limites susmentionnées car il est légalement lié par elles. Déjà au cours de son premier mandat, les opinions sur les limites des possibilités d'action de l'ombudsman en Pologne ont engendré la règle selon laquelle il ne peut empiéter sur les compétences du législateur ni s'ingérer dans la politique du gouvernement. En aucun cas, il ne peut, non plus, agir à la place des organes de l'administration publique.

Toutefois la liberté d'initiative de l'ombudsman en faveur des citoyens n'est limitée que par les lois conformes à la Constitution et par les décisions légales des organes administratifs, ainsi que par les actes accomplis dans les limites de la loi par des agents appelés à orienter la politique dans des domaines qui retentissent sur les droits et libertés civiles. Depuis qu'il exerce sa fonction, l'ombudsman s'est toujours montré légaliste, veillant à l'application des droits civils inscrits dans des lois. En même temps, il a pris soin de garder ses distances à l'égard de la politique menée par le parti au pouvoir, en s'abstenant même, rigoureusement, de toute ingérence dans la politique sociale du gouvernement. C'est cette attitude, strictement légaliste, qui a permis au premier ombudsman de traverser les deux premières, les plus difficiles années de sa mission dans l'Etat communiste. Il s'est avéré que même dans un régime en principe non démocratique, l'ombudsman peut, s'il est indépendant et s'il a le courage d'user sérieusement de ses compétences, agir dans l'intérêt des citoyens.

III. L'ombudsman en période de transformations constitutionnelles - du totalitarisme à la démocratie

Après la chute du communisme en Pologne et la naissance d'un régime de démocratie parlementaire, l'ombudsman s'est trouvé face à un nouveau dilemme: fallait-il continuer d'agir exclusivement dans les limites du droit en vigueur, y compris celui datant de la période communiste, ou bien étendre la sphère d'activité de l'ombudsman à des initiatives réformatrices, sous forme de propositions de modification, au profit des citoyens, des dispositions anachroniques inadaptées aux prémisses de l'Etat démocratique de droit mettant en oeuvre les principes de la justice sociale.

En période de changements politico-juridiques fondamentaux, au cours de la seconde moitié de l'exercice du mandat par le premier ombudsman, la réduction de

l'activité de l'ombudsman au contrôle du respect des droits et libertés inscrits dans les lois non abolies par le nouveau législateur, a été jugée discutable¹. Le légalisme proclamé par les premier et deuxième ombudsman comme fondement de leur activité sous le nouveau régime les a exposés au grief de favoriser l'ancien ordre légal et les privilèges de la «nomenclature» communiste, dans la situation où le droit «hérité» du socialisme réel avait été jugé incompatible avec les normes de l'Etat de droit et avec les règles morales et religieuses de la majorité de la population.

Les attaques dirigées, à partir des positions susmentionnées, contre le premier ombudsman et son successeur, sont l'exemple de malentendus qui, aux tournants historiques, risquent de concerner tout médiateur qui ne participerait pas aux transformations révolutionnaires et qui ne voudrait pas dépasser son rôle classique de défenseur des citoyens dans le cadre du droit institué par toutes les lois, non abrogées formellement. L'ombudsman ne peut empiéter sur les compétences du législateur parlementaire, auquel appartient, dans l'Etat de droit, de voter des lois nouvelles, qui viennent remplacer les anciennes. A plus forte raison, il ne peut, dans l'Etat de droit, s'arroger le rôle de révolutionnaire luttant, en dépassant ses compétences légales, pour «les droits du peuple»^{1 12}.

L'expérience polonaise nous apprend qu'en période de transformations révolutionnaires l'ombudsman peut faire l'objet de violentes attaques, dès qu'il déclare son apolitisme et son légalisme dans la défense des citoyens menacés par l'action des nouvelles forces politiques. L'ombudsman qui, à partir d'une position légaliste, défend les droits des citoyens qui déduisent leurs prétentions des lois anciennes et non abrogées par le nouveau législateur, risque de s'attirer le grief d'être le défenseur de l'ancien régime. Ainsi, il tombe inéluctablement en conflit avec les nouvelles autorités publiques qui ont du mal à comprendre que l'Etat de droit doit respecter le principe de la continuité du droit, par quoi il faut entendre que les lois adoptées par le législateur précédent demeurent en vigueur tant que le nouveau législateur ne les aura remplacées par des lois nouvelles.

Le problème des possibilités et limites de l'institution d'ombudsman à l'époque des réformes constitutionnelles apparaît avec acuité dans le conflit concernant la protection des droits acquis. Certains prétendent que les droits déduits des lois anciennes ne peuvent bénéficier, dans le nouveau système politique, de l'entière protection juridique, et que, de ce fait, l'ombudsman ne peut les revendiquer en invoquant la Constitution qui reste en vigueur mais date de la formation politique précédente. Les partisans du légalisme avancent une thèse inverse.

Placé entre l'enclume et le marteau, l'ombudsman a rejoint en principe la seconde opinion, en déclarant que les droits acquis sous le régime précédent bénéficient de protection sous le régime nouveau, à condition toutefois qu'il s'agisse des droits «équi-

¹ W. Taras, A. Wróbel, «Rzecznik Praw Obywatelskich a administracja publiczna» [L'ombudsman et l'administration publique], *Studia Prawnicze* 1992, N° 41, p. 3-4.

² T. Zieliński, «Rzecznik Praw Obywatelskich w okresie przemian ustrojowych w RP» [L'ombudsman en période de transformations constitutionnelles dans la RP], *Biuletyn RPO - Materiały*, 1993, fase. 19, p. 32; cf. également le compte-rendu de ce rapport présenté au Comité des Sciences Juridiques de l'Académie Polonaise des Sciences, et de la discussion qui a suivi, le 24 juin 1993, *Państwo i Prawo* 1993, N° 8, p. 107 - 108.

tablement» acquis et qui correspondent à l'axiologie du nouveau régime.³ Ce point de vue est fondé sur la thèse établie dans la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, selon laquelle le principe de la protection des droits acquis ne s'étend pas aux droits injustement institués, qui sous le régime précédent avaient le caractère de privilèges et portaient atteinte au principe de l'égalité devant la loi (décision du 22 août 1990, K 7/90)⁴.

Cependant, l'ombudsman ne s'est jamais servi de cette thèse pour contester ou soutenir, de son propre gré, comme équitables ou inéquitables des droits acquis sous le régime précédent. En cette matière il a toujours respecté la limite établie par le droit en vigueur, en ce sens qu'il n'appartenait pas à l'ombudsman mais au Tribunal Constitutionnel, et en dernier lieu à la Diète, de décider si des droits antérieurement acquis avaient été retirés par le législateur de la IIP République en violation ou non de la Constitution.

La règle de la protection des droits acquis sert également, dans l'activité de l'ombudsman, de fondement à la défense limitée des citoyens contre la dégradation de leur situation juridique en raison de la régression économique de l'Etat. En principe, l'ombudsman ne peut pas nier - en se référant à la règle de la protection des droits acquis - la faculté de retirer ou de restreindre de tels droits en fonction des possibilités économiques du pays, car, conformément à la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, le principe de la protection des droits acquis, à la réalisation duquel veille entre autres l'ombudsman, n'est pas d'application absolue. Il faut en déduire qu'en cas de crise économique les possibilités d'action de l'ombudsman dans les matières concernant les intérêts sociaux des citoyens sont limitées.

L'ombudsman polonais dispose toutefois, de certains moyens de défense des citoyens contre un changement qui affecterait excessivement et subitement leurs intérêts sociaux. En particulier, il peut attaquer devant le Tribunal Constitutionnel l'acte juridique qui retire aux citoyens, rétroactivement ou sans respecter la *vacatio legis*, des droits dont ils jouissaient en vertu d'une loi antérieure. D'autre part, les autorités publiques ne peuvent motiver une limitation des droits civiques par «l'état de nécessité économique», méconnu de la Constitution⁵.

IV. L'influence exercée par l'ombudsman sur la politique législative

L'ombudsman en exercice (1992 - 1996) a commencé son mandat par continuer la ligne de son prédécesseur et ne s'ingérait pas primitivement dans la politique législative au parlement. L'ombudsman n'a pas le droit d'initiative législative (au sens

³ «Czy prawa nabyte są „święte”? Rozważania Rzecznika Praw Obywatelskich» [Les droits acquis sont-ils „sacrés”? Réflexions de l'ombudsman], *Rzeczpospolita* du 22 mars 1993.

⁴ *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w 1990 r.*, Varsovie 1991, rubr. 5.

⁵ Rapport de l'ombudsman pour la 2e année de son mandat (1993). *Druk Sejmowy* № 259, p. 12 - 13 et la décision y citée du Tribunal Constitutionnel du 11 février 1992, K 14/91; pour plus de détails T. Zieliński, «Działalność Trybunału Konstytucyjnego w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich» [L'activité du Tribunal Constitutionnel jugée par l'ombudsman], rapport à la Conférence de Popowo, le 25 janvier 1994, Varsovie 1994, p. 41-43.

du droit de soumettre des projets de lois à la Diète). Il a cependant le droit de proposer que les organes dotés de cette compétence (le gouvernement, les députés, le Sénat, etc.) prennent une telle initiative et il en use de plus en plus fréquemment.

Dans la période d'importantes transformations politico-juridiques, tenant compte des dangers qu'elles comportent pour la situation sociale des citoyens, l'ombudsman ne peut rester passif devant les projets de lois qui suscitent des réserves quant à leur conformité avec les garanties constitutionnelles des droits et libertés civiques. La loi polonaise l'oblige à examiner si les organes de l'Etat (ou d'autres organismes), ne violent pas non seulement ces droits et libertés, mais aussi les principes de la justice sociale (art. 1^{er} de la loi sur le Défenseur des Droits Civiques).

Sous l'influence des propositions formulées au début de sa mission (1991), suggérant qu'il ne se borne pas aux interventions concernant seulement le droit en vigueur⁶, l'ombudsman actuel a adopté dans sa politique le principe d'avertissement, consistant à signaler d'avance les dangers que comportent des projets de lois en matière des droits et libertés civiques, ainsi qu'à manifester de l'inquiétude à l'égard des projets de lois en désaccord avec le principe de la justice sociale⁷.

Le principe d'avertissement sert de fondement à l'activité préventive de l'ombudsman, visant à empêcher les violations des droits civiques à l'avenir. C'est donc un élargissement notable du mode d'activité de l'ombudsman, qui à présent intervient souvent avant et non après la violation des droits civiques. Sur ce point, la conception de l'activité de l'ombudsman en exercice diffère de celle, plus étroite, du premier (mandat exercé entre 1987 et 1991).

L'expérience polonaise permet de conclure que l'ombudsman ne devrait pas se borner aux mesures tendant à liquider les effets des violations commises des droits et libertés civiques et mener, avec les moyens qui lui sont accessibles, une activité préventive, en cherchant à empêcher les violations de ces droits et libertés.

L'activité préventive, fondée sur le principe d'avertissement, est certainement très importante car elle permet de combattre l'illégalité «dans l'oeuf». Il est bien plus difficile, nous le savons, de liquider les effets qui se sont déjà produits. D'un autre côté cependant, il ne faut pas oublier que l'application excessive, trop fréquente, de cette règle d'activité risque d'amener l'ombudsman au dépassement de ses compétences, s'il s'engageait imprudemment dans le domaine de la politique législative, à l'étape où celle-ci fait l'objet de jeux entre les partis ou clubs parlementaires.

V. Juriste positiviste ou partisan du droit naturel?

La compétence *ratione materiae* de l'ombudsman s'étend à tous les droits et libertés civiques prévus dans la Constitution et d'autres lois. L'ombudsman doit veiller à la

⁶ W. Taras, W. Wróbel, *op. cit.*, p. 41.

⁷ «Strategia wczesnego ostrzegania» [La stratégie d'avertissement], interview donnée par l'ombudsman à A. Jankowski, publiée dans *Prawo i Życie*, N° 8 du 19 février 1994. Rapport sur la 1^{ère} année de mandat, présenté par l'ombudsman à la Diète (1992), *Druk Sejmowy* N° 779, p. 9.

conformité de la conduite des pouvoirs publics avec le droit positif. Il n'est pas appelé, en principe, à contrôler la conformité des activités législative, exécutive et judiciaire avec un ordre supérieur, supralégal, appelé droit naturel. Dans la controverse opposant *lex* et *ius*, il doit se prononcer fermement pour la doctrine positiviste. S'il se référait aux normes non écrites du droit naturel (*ius*), il deviendrait un idéologue recherchant les fondements de son action au-delà du droit positif. Il doit être positiviste et défendre, dans ses activités en faveur des citoyens, la lettre de la loi⁸. La certitude de jouir de protection juridique devant les tribunaux, les administrations et toutes les autres autorités publiques est garantie aux citoyens justement par le droit positif, inscrit dans les lois, les règlements et les arrêtés rendus par le pouvoir exécutif (gouvernement) en vertu des lois et en vue de leur application.

L'ombudsman n'est pas appelé, non plus, à s'engager dans des controverses doctrinales sur les différentes conceptions de droit naturel, ni à se prononcer sur la version «modernisée» de la théorie du droit naturel «à contenu variable». Dans la Pologne d'aujourd'hui, les hommes politiques nationaux-chrétiens exercent sur l'ombudsman, lors de la présentation de ses rapports annuels devant le parlement, une forte pression pour qu'il propage dans son activité l'idée catholique du droit naturel, telle qu'elle a été validée par le Concile Vatican II. En y résistant, l'ombudsman s'expose au grief injuste de ne pas respecter, voire «de priver de droits la majorité catholique»⁹.

Cette critique confond deux notions: la non-propagation des principes d'une seule doctrine et le «non-respect» des droits de ses disciples¹⁰.

La controverse au sujet de l'aspect idéologique de la fonction d'ombudsman reflète un plus vaste conflit d'idéologies dans le pays postcommuniste qu'est maintenant la Pologne. Depuis 1990, se poursuit la lutte idéologique entre deux camps: les partisans du libéralisme et de l'égalité de tous devant la loi, qui mettent l'accent sur le pluralisme, la tolérance et la défense des droits des minorités et les traditionalistes extrêmes, qui invoquent les valeurs telles que la Partie, la Nation, l'Eglise.

L'ombudsman ne se sent pas appelé à intervenir de façon autoritaire dans ce conflit, mais il estime que la Constitution en vigueur exprime la première des orientations idéologiques précitées. En vertu de la Constitution, la République de Pologne est un Etat de démocratie égalitaire, antithèse de la démocratie majoritaire, qui ne tolère pas les opinions de la minorité et garantit une position privilégiée dans l'Etat aux disciples d'une seule idéologie dominante.

⁸ «Jako rzecznik bronię litery prawa» [En tant qu'ombudsman, je défends la lettre de la loi], *Znak* 1992, N° 11, p. 11 et suiv.

⁹ Voir entre autres B. Dembowski, «Kontrowersje wśród świętych» [Controverses entre les saints], *Gazeta Wyborcza*, N° 231 du 2 - 3 octobre 1993.

¹⁰ Voir le rectificatif du Bureau de l'ombudsman, concernant l'article, cité à la note 9, du B. Dembowski, *Gazeta Wyborcza* N° 236 du 8 octobre 1993. Le Tribunal Constitutionnel aussi a nettement distingué, dans sa décision du 7 juin 1994, K 17/95, l'impératif de respecter les valeurs chrétiennes de leur propagation. Il convient également de rappeler que l'ombudsman a déclaré dans son rapport sur la 2e année de son mandat qu'il «ne se ferait l'intercesseur d'aucun groupement politique, confessionnel ou n'importe quel autre», *Druk Sejmowy*, N° 259, p. 15.

VI. L'ombudsman devant le problème de la «morale du droit»

Il n'appartient pas à l'ombudsman de moraliser et d'opposer au droit positif en vigueur les préceptes de l'éthique normative. Le défenseur des droits de tous les citoyens ne peut donner priorité à l'éthique sur le droit universellement en vigueur. Dans une société pluraliste les opinions morales sont en effet multiples; aussi, dès qu'entre en jeu un conflit d'éthiques, ne peut-on, dans une société vraiment démocratique, accorder à l'une d'elles la supériorité par rapport aux autres¹¹. Toute dictature, aussi bien de la minorité que celle de la majorité idéologique, porte atteinte aux droits civiques et constitue une forme ouverte ou du moins dissimulée du totalitarisme. La démocratie garantit à toute idéologie et à toute religion l'égalité devant la loi.

La question de lier l'ombudsman par une morale déterminée est apparue avec acuité au début du mandat de l'ombudsman actuel (1992). Après avoir déclaré qu'il adopterait comme base de son activité le droit écrit (*leges scriptae*), institué dans l'intérêt des citoyens, et non tel ou tel autre système moral, l'ombudsman s'est vu opposer le grief qu'il était adversaire de la morale du droit et partisan insensible de l'idée d'une légalité purement formelle, positiviste^{11 12}.

Prenant position sur le dilemme «droit ou morale», l'ombudsman a constaté qu'aucun ombudsman ne peut manquer d'égard à l'idée de la morale du droit. Dans les activités qu'il entreprend dans l'intérêt des citoyens, il doit se référer aux droits conformes aux normes morales universellement reconnues, qui reflètent les valeurs fondamentales de l'humanité. Cependant il ne faut pas identifier ces valeurs uniquement au système de valeurs chrétien, que les milieux catholiques préfèrent et souhaitent étayer de sanctions d'Etat. Dans le rapport parlementaire portant sur la deuxième année du mandat de l'ombudsman, il a rappelé qu'il estimait obligatoire le droit conforme aux normes morales qui se reproduisent tant dans les systèmes éthiques chrétiens que dans les opinions morales acceptées par d'autres milieux culturels et originaires de systèmes moraux préchrétiens, que l'humanité doit à des philosophes tels que Socrate, Aristote, Sénèque ou Cicéron¹³.

Dans le cadre de ses efforts déployés en faveur de la «morale du droit» (dans le sens indiqué ci-dessus), l'ombudsman polonais propose aux organismes ayant l'initiative des lois de rendre ou de modifier les dispositions adaptant le droit aux exigences morales de la société démocratique. L'ombudsman a, jusqu'à présent, usé de cette compétence dans les cas observés d'incompatibilité du droit en vigueur avec le principe de la justice sociale, principe moral fondamental de l'Etat social, inscrit dans la Constitution.

¹¹ «Moralność ponad prawem? Rozważania Rzecznika Praw Obywatelskich» [La morale au-dessus du droit? Réflexions de l'ombudsman], *Rzeczpospolita* du 10 août 1992.

¹² Cf. entre autres J. Dobraczyński, «Etyka i prawo» [L'éthique et le droit], *Słowo Powszechne* du 13 mai 1992. «Oświadczenie 23 członków Klubu Inteligencji Katolickiej» [Déclaration de 23 membres du Club d'intellectuels catholiques], *Słowo (Dziennik Katolicki)*, N° 61 du 19 avril 1993.

¹³ Intervention au Sénat, le 28 avril 1994, Stenogramme de la 20e séance du Sénat de la RP (imprimé 60a); voir également T. Zieliński, «Od tolerancji do równouprawnienia. Rozważania Rzecznika Praw Obywatelskich» [De la tolérance à l'égalité en droit. Réflexions de l'ombudsman], *Rzeczpospolita* du 2 août 1993.

A propos des remarques précédentes, sur la conception positiviste de la fonction d'ombudsman, il y a lieu d'éclairer encore la question de l'attitude de l'ombudsman envers le droit dit judiciaire (*Richterrecht*).

Nous avons dit plus haut que les possibilités d'action de l'ombudsman ne dépassent pas en principe le cadre du droit positif, institué au profit des citoyens. Mais en résulte-t-il que l'ombudsman peut ignorer le rôle de créateur du droit que jouent les tribunaux et qui consiste à appliquer les appréciations et les règles extrajudiciaires, par exemple les principes d'équité ou de bonne foi? La réponse à cette question est négative. Le législateur polonais renvoie plus d'une fois à ces règles dans les dispositions que la théorie du droit appelle clauses générales. Le théoricien allemand du droit, J.W. Hedemann y voyait, il est vrai, un danger pour le droit et l'Etat¹⁴, mais la nécessité de laisser libre voie au juge au moyen de clauses générales ne suscite plus de doutes, et les médiateurs doivent en tenir compte.

L'ombudsman polonais doit même recourir quotidiennement à l'une de ces clauses, appelée «règles de vie en société», qui correspond plus ou moins à la notion d'équité (*Billigkeit*) ou à celle de bonne foi (*Treu und Glauben*). La loi sur l'ombudsman ordonne en effet expressément d'examiner si, par suite de l'action ou de l'omission de la part des agents tenus de respecter et de réaliser les droits et libertés civiques, les «règles de vie en société et de justice sociale» n'ont pas été violées (art. 1^{er}, al. 3). Dans les cas de violation de ces règles en matière civile, l'ombudsman peut même participer à la procédure devant le tribunal au même titre que le ministère public (art. 14 - 4^o de la loi sur l'ombudsman).

VII. La défense des droits de l'homme dans l'activité de l'ombudsman

La loi polonaise ne dit pas expressément que l'ombudsman doive défendre les «droits de l'homme». Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi sur l'ombudsman celui-ci doit veiller au respect des «droits et libertés des citoyens, définis dans la Constitution et dans d'autres dispositions du droit». L'art. 18, al. 1 de cette loi déclare que les dispositions relatives aux droits et libertés des citoyens de la R.P. concernent également les personnes «domiciliées en Pologne, dont la nationalité n'a pas été établie, et qui ne sont pas nationaux d'un autre Etat». En vertu de cette disposition, l'ombudsman est tenu de veiller aussi à la protection des étrangers «en ce qui concerne les droits et libertés qui leur appartiennent en Pologne».

Dans la pratique, l'ombudsman ne se désintéresse pas des droits de l'homme, car les droits civiques sont, dans leur majorité décisive, des droits de l'homme, inscrits dans des actes internationaux et dans les constitutions de divers pays¹⁵. La Pologne

¹⁴ J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln - Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen 1993, passim.

¹⁵ E. Łętowska, «Promocja praw człowieka w działalności polskiego ombudsmána» [La promotion des droits de l'homme dans l'activité de l'ombudsman polonais], *Biuletyn RPO - Materiały* 1992, N° 13, p. 5 et autres; T. Zieliński, «Ochrona praw człowieka w działalności Rzecznika Praw Obywatelskich» [La protection des droits de l'homme dans l'activité de l'ombudsman], *Biuletyn RPO - Materiały*, 1993, N° 17, p. 25 et suiv.

a ratifié les Pactes relatifs aux Droits de l'Homme et la Convention européenne sur la Protection des Droits et des Libertés fondamentales de l'Homme. Les dispositions de ces traités facilitent sensiblement l'activité de l'ombudsman en faveur de la défense des droits des citoyens, des étrangers et des apatrides domiciliés en Pologne. Dans ses interventions adressées au parlement, au gouvernement et au Tribunal Constitutionnel l'ombudsman rappelle que des actes déterminés des autorités portent atteinte non seulement aux dispositions constitutionnelles en vigueur mais aussi aux obligations internationales de la Pologne en matière de respect des droits de l'homme.

L'ombudsman polonais n'a pas, en revanche, le droit de contester une loi comme non conforme aux actes de droit international ratifiés par la Pologne. La Loi sur le Tribunal Constitutionnel ne prévoit pas expressément le contrôle par le Tribunal de la conformité du droit interne avec le droit international. Cependant, lorsque l'acte contesté par l'ombudsman est non conforme, à la fois, à la Constitution et aux dispositions des Pactes relatifs aux Droits de l'Homme, de la Convention européenne des Droits de l'Homme ou des Conventions de l'Organisation Internationale du Travail, le Tribunal invoque subsidiairement ces violations dans les motifs de ses décisions.

Le droit international relatif aux droits de l'homme est reconnu en Pologne comme partie intégrante de l'ordre légal interne, il est donc obligatoire non seulement *pro foro externo* comme obligation envers la communauté internationale, mais oblige également l'Etat partie au traité à adapter son droit interne aux normes du traité, et les organes judiciaires et administratifs à respecter ces normes dans l'application quotidienne de la loi nationale.

Le droit international est donc un droit commun à tous comme l'entendait au II^e siècle de notre ère le jurisconsulte romain Gaius, en déclarant qu'il «était institué par la raison naturelle entre tous les hommes» (*naturalis ratio inter omnes homines constituitur*). Pour chaque ombudsman ce droit est un soutien essentiel dans ses activités en faveur de l'homme-citoyen. Aussi, est toujours actuelle la sentence de Gaius: *omnes populi qui legibus et moribus utuntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*.

VIII. Les bases organisationnelles des activités de l'ombudsman

Une des conditions essentielles du bon fonctionnement de l'institution d'ombudsman réside dans son caractère monocratique. L'office c'est moi - telle devrait être la devise de chaque ombudsman qui désire jouir d'autorité et fonctionner sans secousse. C'est seulement en exprimant des opinions cohérentes et en agissant avec fermeté qu'il peut assurer la défense effective des droits et libertés des citoyens. Toute tentative d'action collective serait meurtrière pour la position indépendante de l'ombudsman. Le premier et le second ombudsman polonais ont tellement tenu au caractère monocratique de l'institution qu'ils n'ont pas désigné d'adjoints, bien que la loi le permette. *

¹⁶ *Institucje* [Institutions], Varsovie 1982, p. 28.

La condition *sine qua non* de l'exercice indépendant de la fonction d'ombudsman est son inamovibilité au cours de son mandat, principe fondé sur la Constitution. La Loi sur l'ombudsman précise qu'il ne peut être révoqué avant l'expiration de son mandat (4 ans) que dans l'une des 3 situations exceptionnelles, lorsqu'il 1) s'est démis de ses fonctions, 2) est atteint d'incapacité permanente par suite de maladie, d'invalidité ou d'inanition, ou 3) a manqué à son serment. La révocation relève de la Diète.

Les qualités personnelles de l'ombudsman sont des garanties de son activité compétente et conforme aux buts de l'institution. Il doit «se distinguer par ses connaissances juridiques, son expérience professionnelle et une haute autorité en raison de ses valeurs morales et de sa grande sensibilité aux problèmes sociaux». Comme il doit rester uniquement au service des citoyens, il est juste qu'il n'exerce point, pendant la durée de son mandat, d'autres fonctions, y compris celles de député ou de sénateur.

Pour s'acquitter de ses fonctions en toute indépendance et de façon efficace, l'ombudsman dispose d'un budget propre et d'un bureau, dont il assure la direction, assisté de chefs d'unités d'organisation nommés par lui-même.

En Pologne, l'institution de l'ombudsman a une structure monopoliste. La loi prévoit que l'ombudsman peut instituer, sur l'autorisation de la Diète, ses représentants mandatés en province, mais l'ombudsman en exercice n'a pas profité de cette possibilité. La mise en place de structures locales de l'institution exige la formation de spécialistes hautement qualifiés, capables d'exercer leur mission dans le respect des trois principes observés par l'ombudsman dans son activité: professionnalisme, apolitisme et efficacité.

L'absence de représentants locaux de l'ombudsman limite certainement ses possibilités d'action au plan territorial. Il existe toutefois une structure subsidiaire: section spéciale pour les contacts de l'ombudsman avec les régions du pays, située à l'Office de l'Ombudsman à Varsovie.

Cet état de choses ne peut être maintenu à long terme.¹⁷ Il est vrai que la déconcentration des activités de l'ombudsman présente certains inconvénients (absence d'une ligne d'action uniforme à l'échelle nationale), cependant la centralisation rend difficiles les contacts avec l'ombudsman des citoyens éloignés du siège de l'institution. Tôt ou tard la Pologne devra respecter la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 23 septembre 1985 adressée aux pays membres, prévoyant la nécessité d'instituer des ombudsman au niveau régional ou dans certains secteurs particuliers de l'administration publique (p.ex. dans l'armée ou la police où le risque de violation des droits de l'homme est très élevé).

IX. Les moyens d'action de l'ombudsman

Ce qui décide des possibilités de chaque ombudsman ce sont avant tout les moyens dont il dispose.

¹⁷ T. Zieliński, «Ombudsman lokalny w perspektywie rozwoju polskiej demokracji» [L'ombudsman local dans la perspective du développement de la démocratie polonaise], *Biuletyn RP O - Materiały* 1993, N° 19, p. 37 et suiv.

Selon la Loi polonaise sur l'ombudsman ces moyens peuvent être systématisés en fonction du genre d'interventions de la manière suivante: 1) moyens judiciaires (requêtes au Tribunal Constitutionnel, pourvois en révision extraordinaire à la Cour Suprême et demandes d'interprétation des dispositions légales), 2) moyens parlementaires (propositions d'initiatives législatives et rapports annuels), 3) moyens de contrôle administratif (interventions auprès des autorités extra-juridictionnelles: gouvernementales, administratives, ministère public, etc.).

Les plus efficaces sont les moyens judiciaires, parce qu'ils font toujours intenter la procédure appropriée devant le Tribunal Constitutionnel de la Cour Suprême, qui aboutit à la solution de l'affaire.

Les moyens de contrôle administratif peuvent mais ne doivent pas nécessairement provoquer l'effet attendu par l'ombudsman. Le destinataire de l'intervention est seulement obligé de l'informer, dans les 30 jours au plus tard, de mesures prises ou de la position adoptée. Néanmoins, les interventions de l'ombudsman produisent des effets remarquables, bien que les dispositions qui lui attribuent cette compétence de contrôle administratif soient *leges imperfectae*. Dans son rapport annuel, l'ombudsman peut reprocher à un ministre ou un autre organe public leur passivité devant ses interventions.

D'une façon générale, l'efficacité des actions non judiciaires de l'ombudsman polonais est limitée, car il ne peut contraindre les destinataires de ses interventions (les pouvoirs publics) à prendre des décisions favorables aux citoyens. En revanche, l'ombudsman a de vastes possibilités d'action en ce qui concerne le diagnostic de l'observation des droits et libertés des citoyens, car il a accès à toutes informations, même celles couvertes par le secret d'Etat, il peut examiner les affaires «sur les lieux», même dans les établissements pénitentiaires et d'autres lieux d'isolement, comme les établissements de redressement pour mineurs et établissements psychiatriques. Les inspections régulières de ces établissements sont un moyen efficace d'influence en vue de l'amélioration de la situation des individus privés de liberté.

Les remarques sur le respect des droits et libertés des citoyens, soumises par l'ombudsman à la Diète et au Sénat dans son rapport annuel peuvent contribuer à éliminer les cas de négligence constatés.

L'ingérence de l'ombudsman dans les procédures civiles est un moyen d'action discutable. La loi polonaise sur l'ombudsman prévoit même que l'ombudsman peut demander l'ouverture d'une telle procédure (art. 14, al. 4). Ces compétences peuvent toutefois entrer en collision avec la défense d'ingérence de l'ombudsman dans le domaine réservé à l'indépendance du juge; c'est pourquoi l'ombudsman en exercice n'y recourt pas. Néanmoins, à l'avenir, l'engagement de l'ombudsman peut s'avérer nécessaire dans les affaires qui, en raison de la situation critique des tribunaux, ne se déroulent pas normalement, au détriment du droit du citoyen à la justice.

L'ombudsman polonais peut exiger que l'accusateur compétent engage la procédure préparatoire dans le cas d'infractions poursuivies d'office. L'ombudsman en exercice y recourt très rarement, car il estime que son institution est appelée exclusivement à servir les intérêts des citoyens et il n'a pas l'intention de suppléer les procureurs dans

la lutte contre les délinquants. Exceptionnellement, quand les organes de poursuite se montrent passifs, négligents ou portent atteinte par omission aux droits des citoyens à la sécurité personnelle et à la protection de leurs biens, l'ombudsman ne reste pas indifférent, mais il exige d'engager la procédure pénale dans l'intérêt de la personne lésée¹⁸.

*

En Pologne, la fonction d'ombudsman jouit actuellement d'une autorité extraordinaire. Cependant, dans les années 1991 - 93, elle a été la cible de critiques de la part d'hommes politiques du parti national-chrétien, qui avaient attendu des deux ombudsman successifs une attitude favorable avant tout aux intérêts de la majorité catholique. Mais lorsque l'ombudsman avait annoncé qu'il ne prendrait parti d'aucun groupement confessionnel ou autre, on a entendu dire dans les mêmes milieux que les compétences de l'ombudsman étaient excessives, ou même que sa fonction était dépourvue de raison d'être dans le régime postcommuniste. De telles tendances se sont manifestées sous l'impulsion de la retentissante requête de l'ombudsman au Tribunal Constitutionnel (1992) tendant à contester la non-conformité avec la Constitution et les lois en vigueur du règlement du Ministre de l'Éducation Nationale du 14 avril 1992, concernant l'instruction religieuse dans les écoles publiques (dossier TK V 12/92). Finalement, l'ombudsman n'a pas été privé du droit de porter plainte au Tribunal Constitutionnel, et ses autres compétences n'ont pas été réduites¹⁹.

L'ombudsman en exercice estime que l'importance exceptionnelle de sa fonction dans la Pologne d'aujourd'hui est un phénomène qui déroge pratiquement à la normalité. C'est une fonction des plus dynamiques, son titulaire saisit le plus fréquemment le Tribunal Constitutionnel et harcèle constamment le gouvernement par ses diverses interventions. Les citoyens croient à tort que cette fonction est supérieure aux tribunaux et autres autorités. Cela est dû non pas tant à un excès de compétences légales de l'ombudsman, mais de la conscience juridique peu évoluée des citoyens qui ne se rendent pas compte du caractère restreint de ses possibilités. Par ailleurs, l'impact de son activité s'explique par la multitude de violations des droits civiques contre lesquelles il doit protester.

L'expérience polonaise décrite ci-dessus devrait servir d'avertissement contre la suractivité forcée de l'ombudsman, qui risque de perturber le principe, fondamental dans la démocratie, de contrôle mutuel et d'équilibre des trois pouvoirs. En revanche, l'ombudsman devrait participer activement au contrôle de l'équilibre de ces pouvoirs (*checking and balance*). Il est nécessaire que chacun de ces pouvoirs exécute convenablement ses tâches, car toute irrégularité ou tout freinage du travail du gouver-

¹⁸ L'intervention de l'ombudsman du 6 août 1994 auprès du ministère public au sujet des menées d'une « mafia » dans la Vieille Ville de Varsovie en est un exemple typique (RPO/1628/94/94/11).

¹⁹ Toutefois, en juillet 1994, la droite s'est prononcée dans le projet de Constitution pour l'abolition du droit de l'ombudsman d'attaquer des actes juridiques devant le Tribunal Constitutionnel, *Życie Warszawy* du 6 - 7 août 1994.

nement, du parlement ou des tribunaux provoquent inéluctablement la réaction imminente de l'ombudsman.

Si des défauts se manifestent dans l'activité de tous les trois pouvoirs, l'ombudsman cumule ses ingérences et l'on se trouve dans la situation semblable à celle que nous avons en Pologne, face à l'hypertrophie des interventions de l'ombudsman.

Les compétences trop vastes de l'ombudsman risquent d'aboutir à un ébranlement d'équilibre entre les intérêts des citoyens, protégés par l'ombudsman et l'intérêt public qui n' a pas son «défenseur». Cependant, en Pologne, le besoin d'instituer un «défenseur de l'intérêt public» - en contre-balance de l'ombudsman - ne s'est fait pas sentir, car la fonction de défenseur de l'intérêt de l'Etat (public) est assumée par le Procureur Général - Ministre de la Justice.

La suractivité de l'ombudsman peut s'avérer nuisible d'un autre point de vue encore: elle risque d'affaiblir l'esprit d'initiative des citoyens et le sens de responsabilité de leur propre sort. Dans les pays postcommunistes cette attitude est très répandue, parce que leurs citoyens ont été éduqués dans un esprit de tutelle de la part de l'Etat, esprit contre lequel avertissait A. de Tocqueville en écrivant que le pouvoir tutélaire «rend la volonté humaine inutile, fait qu'elle cesse de se manifester et dérobe peu à peu chaque citoyen jusqu'à l'usage de lui-même»²⁰.

L'ombudsman cherche à faire prendre conscience aux citoyens qui sollicitent son assistance de ce que dit une vieille maxime: «Les lois sont écrites pour les prévoyants» (*vigilantibus iura sunt scripta*). Mais aux gens qui se sentent désarmés, qui n'ont pas encore réussi à s'adapter à un mode de vie plus autonome, l'ombudsman ne peut dire: *cive, cura te ipsum*.

L'ombudsman doit plutôt chercher le juste milieu entre les deux extrêmes: suppléer le citoyen dans des actes qu'il est capable d'accomplir lui-même, ou s'abstenir d'agir d'office dans l'intérêt de l'individu lésé, qui ne sait se défendre tout seul.

D'une façon générale, tout ombudsman à l'esprit rationnel et pragmatique devrait se laisser guider dans toute son activité par cette sentence toujours actuelle, bien qu'elle date d'il y a 2000 ans: *est modus in rebus, sunt certi denique fines, quos ultra citraque nequit consistere rectum*²¹. Dans cette activité, comme dans toute autre activité publique, la modération est de règle. L'ombudsman ne devrait jamais dépasser les limites de ses possibilités car en les dépassant il agit à l'encontre de sa fonction-même et sert mal les citoyens de son pays.

²⁰ A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce* [De la démocratie en Amérique], Varsovie 1976, p. 383.

²¹ «Il y a mesure en toute chose et sont définies les limites en avant et au-delà desquelles l'équité ne peut tenir», Q. Horatius Flaccus, *Sermonum liber primus*, 105.