



**Thèmes
commentaires**

Actes

TRENTE ANS D'APPLICATION DE LA CONSTITUTION ESPAGNOLE

**Sous la direction de
Pierre Bon**

DALLOZ

Trente ans d'application de la Constitution espagnole

Sous la direction de :

Pierre Bon

avec les contributions de :

Enoch Alberti	Luis María Díez-Picazo
Fernando Álvares-Ossorio Micheo	María Fraile Ortiz
Roberto L. Blanco Valdés	Javier Jiménez Campo
Pierre Bon	Francisco Javier Matía Portilla
Manuel Carrasco Durán	Ramón Punset
Marc Carrillo	Juan Luis Requejo Pagès
Pedro Cruz Villalón	

Traductions :

Hubert Alcaraz, Pierre Bon, Pierre Cambot
et Olivier Lecucq

DALLOZ

2009



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

- 1 **La Constitution espagnole face à ses défis**
par Pierre Bon, *professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, directeur de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines — Droit et politiques comparés (CNRS, UMR 6201)*

Première partie. **La Constitution substantielle : les droits fondamentaux**

- 17 **Étrangers et droits fondamentaux**
par Luis María Díez-Picazo, *magistrat du Tribunal suprême*
- 33 **Libre développement de la personnalité et droits fondamentaux**
par Javier Jiménez Campo, *professeur titulaire de chaire de droit constitutionnel, secrétaire général du Tribunal constitutionnel*
- 43 **Droits sociaux et droits fondamentaux**
par Francisco Javier Matía Portilla, *professeur à l'Université de Valladolid*

Deuxième partie. **La Constitution institutionnelle : les institutions nationales**

- 75 **La démocratie de partis**
par Roberto L. Blanco Valdés, *professeur titulaire de chaire à l'Université de Saint-Jacques-de-Compostelle*
- 111 **Le problème du Sénat**
par María Fraile Ortiz, *professeur à l'Université Carlos III de Madrid*
- 145 **L'état du Tribunal constitutionnel**
par Pedro Cruz Villalón, *professeur titulaire de chaire à l'Université autonome de Madrid, conseiller d'État, ancien président du Tribunal constitutionnel*

159 **La place du juge ordinaire**

par Marc Carrillo, *professeur titulaire de chaire à l'Université Pompeu Fabra de Barcelone*

Troisième partie. **La Constitution institutionnelle :
les institutions autonomes**

193 **L'évolution générale de l'État des autonomies**

par Juan Luis Requejo Pagès, *professeur de droit constitutionnel, Letrado au Tribunal constitutionnel*

205 **Les nouveaux statuts d'autonomie**

par Enoch Alberti, *professeur titulaire de chaire à l'Université de Barcelone, doyen de la Faculté de droit*

Quatrième partie. **La Constitution normative :
les catégories de normes**

217 **Le statut du droit international dans la jurisprudence constitutionnelle**

par Manuel Carrasco Durán, *professeur à l'Université de Séville* et Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, *professeur à l'Université de Huelva*

251 **Le *dominus legis* : pouvoir législatif et forme de gouvernement**

par Ramón Punset, *professeur titulaire de chaire à l'Université d'Oviedo*

Droits sociaux et droits fondamentaux

Francisco Javier Matía Portilla
Professeur à l'Université de Valladolid

Après quelques considérations sur le titre de cette contribution, on étudiera successivement le droit à l'éducation et le droit à l'assistance juridique gratuite sous l'angle des prestations qu'ils impliquent.

I. CONSIDÉRATIONS PRÉALABLES QUANT AU TITRE DE LA PRÉSENTE ÉTUDE

Les droits sociaux ayant toujours soulevés de nombreux problèmes de définition et de délimitation, il importe de faire, au préalable, un certain nombre de remarques liminaires.

A. L'ORIGINE DE L'EXPRESSION ÉTAT SOCIAL

Il s'avère que l'expression « droits sociaux » ne procède pas des mouvements ouvriers qui sont apparus aux alentours du XX^e siècle mais possède une origine beaucoup plus lointaine puisqu'elle est apparue lors de la Révolution française. C'est ainsi que Charles-Gilbert Romme utilisa cette expression lors de la réunion de la Convention tenue le 17 avril 1793¹, durant laquelle il proposa aussi la reconnaissance du droit de vote pour les femmes². Il n'est toutefois pas resté célèbre du fait de cette proposition

1. M. Mazziotti, « Diritti sociali », in œuvre collective, *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1964. vol. XII, p. 803-804.

2. V. F. A. F. de La Rochefoucauld (Duc de La Roche Foucauld-Liancourt), *Précis d'histoire de France à travers celle de l'Oise*, t. II, p. 98.

mais marqua plutôt l'histoire lorsque, quelques mois plus tard, en sa qualité de président du Comité d'instruction publique, il fut à l'origine de l'adoption du calendrier républicain, ce qui ne l'empêcha pas de figurer parmi les victimes des procès révolutionnaires³.

B. LES DROITS SOCIAUX ET L'ÉTAT SOCIAL

Il est courant de replacer l'étude des droits sociaux dans celle de l'État social et d'insister sur les différences qui existent entre ces droits et ceux dénommés « droits fondamentaux ». Cette relation est aussi mise en évidence par le titre de la présente étude « Droits sociaux et droits fondamentaux », ce qui ne permet pas précisément d'en identifier le contenu. Ce titre pourrait, en effet, être compris comme annonçant une analyse comparée des deux catégories (droits sociaux et droits fondamentaux) aux fins de déterminer s'ils présentent une même nature juridique ou, s'ils répondent, en fait, à des réalités distinctes. Si cette question venait à trouver une réponse positive⁴, il faudrait alors s'interroger sur l'existence ou non de différences entre les droits sociaux et les autres droits fondamentaux.

C. LES CARACTÈRES DES DROITS SOCIAUX

La doctrine a pour habitude d'expliquer que, alors que les « droits liberté » ou droits civils relèvent de l'État libéral, les droits sociaux se rattachent, pour leur part, à l'État social. Il est commun aussi de distinguer ces deux catégories de droits des droits politiques qui apparaissent avec l'État libéral (suffrage censitaire) et se développent avec l'État démocratique (suffrage universel). Cependant, si cette classification a des vertus pédagogiques et permet de mieux appréhender l'esprit de ces différents droits fondamentaux, elle n'est pas pour autant pleinement satisfaisante dans la mesure où elle omet que la proclamation et la reconnaissance (politique) de certains droits fondamentaux sociaux trouvent aussi leur origine dans l'État libéral. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée par la Conven-

3. Parmi plusieurs biographies, il est possible de citer celles dues à A. Galante Garrone, *Gilbert Romme, histoire d'un révolutionnaire, 1750-1795*. Flammarion, 1971 et M. de Paulis, *Gilbert Romme, naissance et mort d'un révolutionnaire*. Atlantica, 1998.

4. V. E.-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75 *in fine*. Selon cet auteur, tandis que les droits-libertés sont préalables à l'intervention de l'État, les droits sociaux ne procèdent pas d'une situation antérieure à l'État mais sont directement liés à l'intervention de celui-ci. (*ibid.*, p. 76). Par ailleurs, « l'on ne peut déduire [des droits sociaux] des demandes juridiques concrètes par la voie de l'interprétation » (*ibid.*, p. 77), dans la mesure où ces derniers découlent de décisions prises par les pouvoirs publics. Par voie de conséquence, ces droits « ne peuvent justifier des demandes susceptibles d'être exigées par la voie juridictionnelle. [...] Ils s'adressent, avec effet direct, aux organes de l'État dans la législation et l'administration, à qui ils imposent la réalisation des mandats qu'ils contiennent » (p. 78). Les demandes ont leur origine dans l'œuvre du législateur ou dans la pratique administrative continue.

tion le 23 juin 1793 et incorporée comme Préambule dans la Constitution du 24 juin 1793 vise, à ses articles 21 et 22, le droit à l'assistance sociale et au travail et le droit à l'éducation. Même s'il est certain que ces déclarations n'ont pas de valeur juridique et qu'il faudra attendre que la valeur normative de la Constitution soit assumée, un tel constat concerne le contenu tout entier de la Constitution et pas seulement les dispositions relatives aux droits sociaux.

D. UN CONCEPT UTILE DE « DROITS SOCIAUX »

Il paraît utile de s'en tenir à une notion concrète des « droits sociaux ». Toutefois, il est nécessaire d'indiquer que l'identification des droits sociaux consacrés par notre Constitution est une tâche pour le moins ardue. Force est d'admettre, en effet, que la notion de droits sociaux n'est pas aussi pacifique qu'il y paraît à première vue. Tandis que certains auteurs considèrent que ces droits se déterminent au regard de leurs titulaires (les travailleurs), d'autres préfèrent s'attacher aux domaines dans lesquels sont consacrés lesdits droits (droits économiques et sociaux). Il en est d'autres encore qui soulignent que ces droits reposent sur des principes et les opposent, pour ce motif, à ceux dont le régime juridique est fixé par des règles de droit. D'autres, enfin, relèvent que c'est leur portée prestatoire (qui implique des obligations positives à la charge de l'État) qui définit les droits sociaux (mais il est difficile, pour autant, de penser qu'ils sont exigibles dans la mesure où il est impossible de contrôler toujours de manière efficace la mise en œuvre des missions d'assistance par les pouvoirs publics).

Même si aucune de ces hypothèses ne peut être considérée comme dépourvue d'une certaine logique interne, à notre sens, la spécificité des droits sociaux tient aux conditions dans lesquelles ils sont exercés⁵ et à la protection ou à la prestation qu'ils offrent à leur titulaire⁶. Il n'est pas contesté que la consécration de certains droits spécifiques aux travailleurs — comme la liberté syndicale — a un rapport

5. Le fait que les droits sociaux ne protègent pas exclusivement les intérêts des travailleurs est mis en évidence par le premier droit « social » (apparu avec les révolutions libérales) : le droit à l'éducation. À ce sujet, J. M. Fernández Cepedal, « Política e Instituciones ideológicas durante la Revolución Francesa ». *El Basílisco*, 1983, n° 15, p. 71-77, disponible sur le site : <http://www.filosofia.org/rev/bas/bas11505.htm>). V. aussi le point de vue très intéressant de P.-L. Lacrosette *De l'établissement des connaissances humaines, et de l'instruction publique dans la Constitution française*. Paris, 1791, qui peut être consulté sur le site Internet de la Bibliothèque nationale française :

(<http://gallica2.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57150h.modeAffichageimage.langES.f1.vignettesnavi.guer#>). Par ailleurs, affirmer que les droits sociaux sont ceux en rapport avec les domaines sociaux et économiques ne fait pas réellement avancer la réflexion dans la mesure où, en ces domaines, jouent aussi des droits tels que la liberté d'expression et le droit de propriété qui ne sont pas exactement des droits sociaux.

6. Est toujours d'actualité le concept proposé par B. di Ruffia qui définit les droits sociaux comme des « prestations spécifiques des citoyens permettant d'obtenir des prestations sous forme d'actions ou d'aides matérielles, dans le domaine économique et social dans lequel s'exercent des fonctions publiques » que celles-ci soient étatiques ou non (V. « Diritti Sociali », œuvre collective, *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, UTET, 1960, vol. V, p. 759).

(évident de surcroît) avec l'État social mais ce droit n'est pas — pour ce qui concerne sa structure — social mais constitue une liberté⁷. Cet exemple confirme la thèse selon laquelle, tant les droits sociaux que ceux qui ne le sont pas, procèdent d'une même préoccupation de l'État social qui consiste en la promotion d'une liberté et d'une égalité effectives entre les individus, conception qui dépasse le vieux dogme de l'État abstentionniste et de la confiance aveugle en ce que la société est le lieu où peuvent se résoudre tous les différends susceptibles de naître entre les hommes.

Les considérations précédentes nous permettent déjà de déterminer le contenu de la présente étude. Notre objectif n'est donc pas d'examiner la configuration de l'État social au sein du royaume d'Espagne ou l'incidence de ce modèle d'État sur l'ensemble du droit mais d'étudier le régime juridique concret des droits fondamentaux sociaux qui ont été consacrés par notre Constitution⁸. Ceci étant dit, il est opportun de relever que l'instauration d'un État social s'exprime au travers de divers moyens complémentaires les uns des autres dont plusieurs retiendront notre attention dans le cadre de la présente étude centrée sur leur incidence sur le régime des droits sociaux.

E. LES DROITS SOCIAUX DANS LA CONSTITUTION ESPAGNOLE DE 1978. DÉLIMITATION DE L'ÉTUDE

Avant de mener à bien l'étude proposée, il convient de rappeler que la Constitution espagnole de 1978 proclame, à son article 1-1, que « l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique ». Ce principe est rappelé à l'article 9-2 dans lequel il est précisé que « les pouvoirs publics sont tenus de promouvoir les condi-

7. M. Mazziotti, préc., p. 804.

8. Nous nous séparons, de façon visible, du titre « Droits sociaux et droits fondamentaux ». Les droits sociaux contenus dans la Constitution ne peuvent être autres choses que des droits fondamentaux. À ce sujet, mérite d'être évoquée la jurisprudence du Tribunal constitutionnel relative à l'objection de conscience au service militaire. (art. 30-2 Const.). Même si nous sommes conscients que cette objection n'est pas un droit fondamental ni une manifestation de la liberté idéologique mais l'expression d'un devoir public, il est nécessaire de rappeler que le Tribunal constitutionnel a signalé que l'objecteur pouvait faire valoir son point de vue y compris dans l'hypothèse où le législateur n'a pas mis en place une procédure à cette fin. En effet, le « Tribunal a déjà précisé que l'objection de conscience constitue un droit constitutionnel autonome et protégé par le recours d'*amparo* (arrêt n° 15/1982), mais dont la relation avec l'art. 16 de la Constitution consacrant la liberté idéologique ne permet pas pour autant de le qualifier de fondamental, dans la mesure où son contenu essentiel consiste dans le droit à être déclaré exempté du devoir général de faire le service militaire ; ce qui constitue une exception au respect d'un devoir général autorisée en vertu du seul art. 30-2 de la Constitution, ce qui suppose que, sans cette reconnaissance constitutionnelle, ce droit ne pourrait pas même être exercé sur le fondement de la liberté idéologique ou de conscience (art. 16-1) qui, en elle-même, ne serait pas suffisante pour dispenser les citoyens des devoirs constitutionnels ou infraconstitutionnels pour des motifs de conscience (arrêt n° 160/1987) » (ord. — *auto* — du Tribunal constitutionnel n° 71/1993 du 1^{er} mars 1993, F.J. 2). En d'autres termes, « Le fait que l'objection de conscience soit un droit qui, pour sa mise en œuvre et sa pleine efficacité, exige une *interpositio legislatoris* ne suppose pas qu'elle soit invocable seulement dans la mesure où le législateur en a fixé le régime juridique » (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 15/1982 du 23 avr. 1982, F.J. 8).

tions nécessaires pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale. Il incombe aux pouvoirs publics de créer les conditions pour que la liberté et l'égalité de la personne et des groupes dans lesquels elle s'intègre soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale ».

Ces intentions constitutionnelles inspirent, évidemment, d'autres dispositions contenues dans la Loi fondamentale et, de manière plus générale encore, notre modèle constitutionnel. Bien que nous partagions l'opinion exprimée dans une étude bien connue par le Professeur Garrorena⁹, dans laquelle il indique que la formule « État de droit social et démocratique » a une signification qui dépasse ces mots pris isolément, il est possible d'essayer d'expliquer les domaines dans lesquels s'exprime principalement la dimension sociale de notre modèle constitutionnel.

C'est ainsi que l'apparition de l'intervention active de l'État aux fins de supprimer les obstacles et de protéger les plus faibles a justifié la création de nouvelles branches du droit, telles que le droit du travail et le droit des consommateurs et des usagers. L'une et l'autre de ces branches du droit sont des instruments pour protéger la position des plus faibles dans le cadre de certaines relations socio-économiques qui sont, par essence, source d'inégalités. Il est évident que cette première manifestation de l'État social n'a pas de relation directe avec les droits fondamentaux. Une autre question est d'apprécier si, dans le cadre de ces réglementations spécifiques, interviennent des droits fondamentaux. Certains exemples apparaissent dans la Constitution à l'image du droit de grève ou de la liberté syndicale mais, si tous les deux sont utiles à la protection du travailleur, entendue de manière générale, cela ne permet pas pour autant de considérer que nous sommes en présence de droits sociaux dans la mesure où leur régime juridique les range parmi les « droits — libertés ».

Par ailleurs, la mise en œuvre de l'État social s'exprime au travers de l'obligation constitutionnelle pour l'État d'offrir, soit directement soit indirectement, différentes prestations au bénéfice des citoyens. Il existe, à ce sujet, deux références pour le moins explicites dans notre Constitution. D'une part, l'article 27 consacre le caractère obligatoire de l'éducation (al. 4). D'autre part, en vertu de l'article 41, « les pouvoirs publics assureront un régime public de sécurité sociale pour tous les citoyens qui garantira une assistance et des prestations sociales suffisantes dans les cas de nécessité ». Par suite, l'on pourrait considérer qu'est garantie la prise en charge par l'État de l'éducation et de la santé (*lato sensu*). Mais, même si ces deux domaines représentent vraisemblablement les engagements les plus importants à la charge de l'État, ce ne sont pas pour autant les seuls. En effet, dans le chapitre III du Titre I

9. Á. Garrorena Morales, *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Tecnos, 1984.

de la Constitution, il est fait référence à de nombreux autres devoirs et domaines que l'État doit assumer tels que, sans prétendre à l'exhaustivité, la protection de la famille, de la jeunesse, du troisième âge ou des handicapés, l'accès au logement ou la protection de l'environnement¹⁰. Même si nul ne discute que ces « principes directeurs de la politique sociale et économique » contenus dans ledit chapitre limitent l'action du législateur, il est tout autant acquis qu'ils ne peuvent pas pour autant être qualifiés de droits fondamentaux dans la mesure où l'article 53-3 de la Constitution dispose qu'« ils ne pourront être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développeront »¹¹. En d'autres termes, les citoyens ne peuvent exiger de telles prestations dès l'instant où la Constitution n'en fait pas des droits subjectifs. Par exception, et justifiant l'objet de la présente étude, le droit à l'éducation est exigible (art. 27-1 Const.) dans la mesure où il fait partie des droits qui bénéficient de la protection juridictionnelle ordinaire et des mécanismes extraordinaires prévus par la Constitution (*amparo* ordinaire et *amparo* constitutionnel)¹².

Au final, la mise en œuvre de l'État social s'exprime au travers du système des droits fondamentaux organisé par la Constitution espagnole. À cet égard, il paraît utile de faire référence aux diverses illustrations de la question qui, même exposées brièvement, pourraient nous aider à déterminer avec plus de précisions l'objet des lignes à venir de la présente étude.

En premier lieu, dépassant l'acception formelle de l'égalité, sont apparus de nouveaux droits fondamentaux ayant vocation à protéger les personnes occupant la position la plus fragile du point de vue des relations sociales. Il en va ainsi notamment des droits des travailleurs (liberté syndicale, négociation collective et droit de grève).

En deuxième lieu, de tels droits ne s'imposent pas seulement à l'État mais aussi aux secteurs privés qui bénéficient d'une position préférentielle. La reconnaissance de droits fondamentaux opposables aux particuliers s'exprime donc, une fois de plus, au travers de ces droits liés à l'activité professionnelle qui ne visent pas l'État mais plutôt l'employeur, indépendamment de sa nature publique ou privée¹³.

En troisième lieu, est consacré un droit subjectif à obtenir une prestation déterminée. En effet, l'article 27-1 de la Constitution consacre le droit de tous à l'éducation. Il est donc pour le moins paradoxal de constater que l'unique droit social que notre Constitution consacre figurait déjà dans plusieurs textes constitutionnels d'inspiration libérale. La seule différence qui sépare les formulations antérieures de

10. V. art. 39, 48, 50, 47 et 45 Const.

11. À l'efficacité des principes décrite dans cette disposition constitutionnelle (« La reconnaissance, le respect et la protection des principes reconnus au chapitre III inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics »), il convient d'ajouter de manière plus radicale : ce sont des normes constitutionnelles qui peuvent amener à l'annulation d'une loi si celle-ci s'avère incompatible avec lesdites normes du point de vue du Tribunal constitutionnel.

12. V. art. 53-2 Const.

13. À ce sujet, v. not. J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

la consécration contemporaine tient au fait que, alors que les références les plus anciennes au droit à l'éducation figuraient dans des Constitutions qui jouissaient simplement d'une suprématie politique, l'article 27-1 de la Constitution actuelle figure dans un texte qui bénéficie, au surplus, d'une portée normative et d'un rang supralégislatif¹⁴. En d'autres termes, il s'agit, non pas d'un droit subjectif lié à une nouvelle conception de l'État social, mais simplement de la conséquence du modèle juridique de l'État constitutionnel.

Finalement, plusieurs « droits-libertés » sont renforcés en accédant à une dimension positive et spécifique à l'État social¹⁵. C'est le cas, par exemple, de la disposition selon laquelle les pouvoirs publics « entretiendront des relations de coopération avec l'église catholique et les autres confessions » (art. 16-3 Const.) aux fins de garantir la liberté religieuse des individus; la loi « organisera une procédure d'*habeas corpus* » (art. 17-4), exigence qui permet de garantir la liberté personnelle des personnes détenues et qui s'exprime par l'intervention de normes spécifiques et l'attribution de compétences à un organe judiciaire déterminé; il en va de même pour « l'organisation et le contrôle parlementaire des moyens de communication sociale dépendant de l'État » (art. 20-3), « dans le respect du pluralisme de la société et des diverses langues de l'Espagne »¹⁶. La nécessité d'une intervention législative apparaît dans de nombreux cas (par exemple, pour identifier l'autorité à laquelle doit être communiquée l'organisation de réunions dans des lieux publics ou de manifestations prévues à l'art. 21-2, organisant le registre dans lesquels doivent être inscrites les associations *ex-art.* 22-2). Toutes ces indications mettent en évidence le fait que, plus que jamais, les droits fondamentaux sont aussi, et dans des proportions très importantes, ce que les lois en font¹⁷.

Pour revenir au caractère novateur des droits que l'on ne peut pas à proprement parler qualifier de sociaux, un seul doit retenir notre attention. Nous laisserons de côté, par exemple, le devoir de l'État de coopérer avec les différentes confessions religieuses dans la mesure où le Tribunal constitutionnel a déclaré à plusieurs reprises

14. Sur ces notions, v., M. Aragón Reyes, « Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional », in *Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo*, Ministerio de Administraciones Madrid, Pùblicas, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

15. À ce sujet, E.-W. Böckenförde (*op. cit.*, p. 78 s.) soutient que de telles prestations attachées à des droits-libertés « se limitent en réalité à des mandats juridico-objectifs adressés au législateur et à l'administration, à des « droits fondamentaux-mesure » (p. 79-80). « Leur efficacité serait donc limitée (la fin proposée est soustraite au débat politique, étant inadmissible l'inactivité de l'État et son désintérêt évident et empêchant la suppression de la normativité qui existe déjà) et il serait possible de parler d'une composante juridico-subjective qui se présenterait comme des moyens de défense face à l'inaction des pouvoirs publics » (p. 81).

16. J. L. Requejo Pagés a signalé que « la clause sociale a imprimé sur les droits-libertés une telle dimension interventionniste propre en principe aux droits — créances que la distinction entre les deux catégories de droits est de plus en plus imprécise » (in « Derechos de Prestación », œuvre collective, *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, vol. II, p. 2391). V. aussi, page suivante, plusieurs exemples relatifs aux art. 17-3, 15 et 17.

17. V. J. J. Campo, « El legislador de los derechos fundamentales », in G. Álvarez, Ubaldo (coord.), *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993.

que ce principe ne constitue pas un droit fondamental¹⁸. À l'inverse, nous devons nous attacher à examiner un droit impliquant une prestation publique concrète : la justice. À l'instar de la santé ou de l'éducation qui entretiennent une relation intime et première avec l'État social, la justice est consubstantielle de l'État de droit. De fait, le Tribunal constitutionnel souligne que le droit à l'assistance juridique gratuite est lié au qualificatif « social » pris comme critère de définition de notre État de droit (art. 1), « ce qui suppose la protection du plus faible ou du moins capable lorsqu'apparaît un conflit dans lequel la primauté de la partie adverse ferait toujours de lui le perdant de façon à parvenir à une égalité réelle et effective des individus et groupes à laquelle appelle l'article 9 de la Constitution et à la justice »¹⁹.

F. SUR L'OPTIQUE DE L'ÉTUDE

Un ultime avertissement doit être formulé avant d'aborder l'étude des droits à l'éducation (art. 27-1 Const.) et à l'assistance juridique gratuite (art. 24 et 119). Leur examen interviendra uniquement sous l'angle des prestations qu'ils induisent, en leur qualité de droits sociaux, et laissera de côté les aspects qui relèvent d'une autre dimension (comme, par exemple, celle qui dérive des droits de liberté).

II. LE DROIT À L'ÉDUCATION DANS UNE PERSPECTIVE DE PRESTATION

Le droit à l'éducation abordé sous l'angle des prestations qu'il induit appelle les précisions suivantes.

A. LE DROIT À L'ÉDUCATION COMME DROIT COMPLEXE

Le droit à l'éducation est consacré à l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la Constitution. Dans cet article, comme dans d'autres dispositions constitutionnelles (comme celles relatives à la liberté de la chaire), figure une série de droits qualifiables d'éducatifs. Alors que « certains articles consacrent des droits-libertés (par ex., al. 1^{er}, 3 et 6), d'autres

18. En effet, « il est évident que l'article 16-3 concerne un devoir de coopération entre l'État et l'Église catholique et les autres confessions et non un droit fondamental des citoyens » (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 93/1983 du 8 nov. 1983, FJ. 5).

19. L'expression fut retenue par le magistrat R. de Mendizábal Allende dans son opinion dissidente relative à la décision rendue en assemblée plénière par le Tribunal constitutionnel (arrêt n° 16/1994 du 20 janv. 1994) par laquelle la Haute juridiction rejette la question d'inconstitutionnalité relative aux art. 14 et 15 de la loi de procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), modifiée postérieurement par la loi n° 1/1996, à laquelle il sera fait plus loin référence. Le magistrat se réfère à l'arrêt du Tribunal constitutionnel n° 132/1992. L'arrêt n° 16/1994 est suivie d'une autre opinion dissidente, celle du magistrat J. D. González Campos, dans laquelle il était fait état du caractère inconstitutionnel des dispositions légales concernées.

imposent des devoirs (par ex., l'obligation de l'enseignement de base, al. 4), garantissent des institutions (al. 10) ou des droits à prestations (par ex., la gratuité de l'enseignement de base, al. 4), attribuent en cette matière des compétences aux pouvoirs publics (par ex., al. 8) ou délivrent des mandats aux législateurs. Le lien étroit qui unit toutes ces dispositions repose sur l'unité de leur objet dans la mesure où fait figure de dénominateur commun le droit à l'éducation ou, mieux encore, le droit de tous à l'éducation conformément aux termes ouvrant cette disposition. L'utilisation de cette expression ne doit toutefois pas nous faire oublier que les dispositions citées possèdent une nature juridique distincte »²⁰.

De fait, dans le cadre de la présente étude, il ne nous appartient pas d'étudier le droit à l'éducation dans toutes ses expressions mais uniquement dans sa dimension sociale. L'important, selon nous, réside dans le fait que « ce droit, qui dispose certes d'un contenu premier de droit-liberté, dispose aussi d'une portée prestatoire, en ce que les pouvoirs publics ont l'obligation de garantir l'effectivité de ce droit et, à propos de l'enseignement de base, doivent même organiser son caractère obligatoire et gratuit ainsi que l'exige l'alinéa 4 de l'article 27 de la norme fondamentale. Au soutien de cette prestation offerte par les pouvoirs publics, sont prévus, non seulement les instruments de planification et de promotion évoqués à l'alinéa 5 de cette disposition, mais aussi le système d'aides publiques visé à l'alinéa 9 de ce même article au bénéfice des établissements d'enseignement qui remplissent les conditions fixées par la loi »²¹.

B. L'ÉVOLUTION NORMATIVE

Avant d'examiner la jurisprudence concernant les domaines évoqués ou qui en sont voisins, il paraît opportun d'indiquer qu'un pacte d'État n'a pu être conclu dans notre pays en matière éducative. Outre la loi organique n° 8/1985 du 3 juillet 1985 relative au droit à l'éducation²², les lois en matière d'éducation ont toutes été associées à des projets politiques partisans. Il en va ainsi, par exemple, de la loi organique n° 1/1990 du 3 octobre 1990 relative à l'organisation générale du système éducatif

20. Arrêt n° 86/1985 du 10 juill. 1985, FJ. 3. F. Rubio Llorente signale que nous sommes en présence d'un droit hybride in « Constitución y educación », in *Constitución y Economía*, Madrid, Edersa, 1977, p. 103. V. aussi, Á. J. Gómez Montoro, « Concepto pluridimensional del derecho a la educación », Encuentros sobre educación en el Escorial : *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Madrid, Comunidad de Madrid-OIDEL Europa, 2003, p. 105 s. Il convient d'affirmer que, dans le droit à l'éducation, il y a un débat intense entre liberté et égalité (*ibid.* p. 104) ou, comme l'indique J. M. de Pisón, entre le droit et la liberté (in *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 61-62).

21. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 86/1985 du 10 juill. 1985, FJ. 3.

22. Texte concerné par les lois organiques n° 9/1995 du 20 nov. 1995 sur la participation, l'évaluation et la direction des établissements d'enseignement, n° 10/1999 du 21 avr. 1999 portant modification de la loi organique n° 8/1985 du 3 juill. 1985 relative au droit à l'éducation, n° 10/2002 du 23 déc. 2002 relative à la qualité de l'éducation, n° 1/2004 du 28 déc. 2004 relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre et n° 2/2006 du 3 mai 2006 relative à l'éducation. Il convient aussi de consulter la décision du Tribunal constitutionnel n° 77/1985 du 27 juin 1985.

promue par le PSOE, de la loi organique n° 10/2002 du 23 décembre 2002 relative à la qualité de l'éducation défendue par le PP et de la loi organique n° 2/2006 du 3 mai 2006 relative à l'éducation adoptée à l'initiative de l'actuel gouvernement socialiste²³. Tandis que ces rivalités s'expriment au niveau politique, l'on constate, dans le même temps, une baisse très significative du niveau de l'enseignement primaire²⁴ dont les effets se ressentent en bout de chaîne jusqu'au niveau de l'enseignement supérieur de notre pays.

C. LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT

L'éducation, dans sa portée prestatoire, constitue un droit-devoir : le droit à ce que l'élève reçoive un enseignement de base « obligatoire et gratuit » et le droit de suivre des études. Notre Constitution consacre ainsi, à la différence des textes plus anciens, un authentique droit fondamental qui dépasse donc la simple notion de prestation offerte par l'État²⁵.

D. LES BÉNÉFICIAIRES DU DROIT

Le droit à l'éducation bénéficie, *ex constitutione*, à tous. La formulation de l'article 27-1 de la Constitution n'est pas fortuite dans la mesure où, durant les travaux parlementaires, il avait été prévu, sans pour autant que cette proposition ne prospère, de limiter le bénéfice de ce droit aux seuls Espagnols²⁶. Une décision récente du Tribunal constitutionnel a même affirmé que ce droit s'appliquait également aux étrangers se trouvant en situation irrégulière sur le sol espagnol. Dans cette décision, était examinée la portée de la réforme introduite par l'article 9-3 de la loi organique n° 4/2000 qui limitait aux étrangers en situation régulière la possibilité de suivre des études non obligatoires au sens constitutionnel. Le Parlement de Navarre considéra que cette disposition portait atteinte au droit de l'enfant à être scolarisé, qu'il s'agisse d'un enseignement de base ou non, consacré par les articles 28 de la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant et 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le Tribunal constitutionnel partagea ce point de vue en s'appuyant, en outre, sur les articles 13 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels et 2 du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁷, relevant même qu'il existe « un lien

23. Ces lois seront mentionnées comme suit LODE, LOGSE, LOCE et LOE.

24. V. les Rapports pour les années 2000, 2003 et 2006. Les deux premiers peuvent être consultés sur le site : http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_32252351_32235731_39732595_1_1_1_1,00.html, le troisième est disponible sur le site: <http://www.mec.es/mecd/gabipren/documentos/files/informe-espanol-pisa-2006.pdf>

25. V. A. Fernández-Miranda y Campoamor, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Madrid, Ceura, 1988, p. 17 y 37.

26. Amendement proposé par S. Muñoz, *ibid.*, p. 38.

27. À ce sujet, v., L. Millán Moro, « El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal

incontestable entre le droit à l'éducation et la garantie de la dignité humaine » et que l'enseignement des valeurs et le respect des droits de l'homme sont indispensables pour établir une société démocratique avancée. D'autre part, il indique aussi que la nature prestatoire de ce droit ne se limite pas à l'éducation de base (obligatoire et gratuite) mais s'exprime aussi au travers du fait qu'il est requis de l'État qu'il organise une programmation générale de l'enseignement (art. 27-5 Const.). Partant, le Tribunal en conclut que le droit à l'éducation bénéficie à tous « indépendamment de la condition de national ou d'étranger et même de la régularité du séjour en Espagne ». Par voie de conséquence, « le droit d'accès à l'éducation non obligatoire des étrangers mineurs fait partie du contenu du droit à l'éducation et, si son exercice peut être soumis à des conditions de mérite et de capacité, il ne doit en aucune façon dépendre d'autres circonstances comme la situation administrative du mineur »²⁸.

E. LE CONTENU DU DROIT.

SA COMPOSANTE PRESTATOIRE

C'est, sans doute, la question qui mérite les développements les plus longs.

1. La délimitation générale

Pour ce qui est du contenu du droit à l'éducation, il est acquis qu'il permet à son bénéficiaire d'obtenir une place dans un établissement d'enseignement. Certes, ce droit ne suppose pas pour autant que son titulaire puisse revendiquer la création d'un nouveau collège ou que l'intéressé soit nécessairement accepté dans un établissement public déterminé²⁹, mais, sur ce fondement, il est néanmoins possible d'exiger de l'État que la décision d'inscription dans un tel établissement ne soit pas manifestement déraisonnable ou ne rende pas irréaliste l'exercice de ce droit (par ex., par l'inscription dans un établissement situé à une distance excessive du domicile)³⁰. L'article 81-3 LOE dispose que, « dans le cadre de l'enseignement primaire, l'adminis-

Europeo de Derechos Humanos », in *Homenaje al profesor J. A. Carrillo Salcedo, Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Sevilla, Universidad de Córdoba-Universidad de Sevilla-Universidad de Málaga, 2005, t. II, p. 921-942.

28. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 236/2007 du 7 nov. 2007, F.J. 8. D'un point de vue doctrinal, il a été affirmé, à propos du fait d'être titulaire de droits éducatifs, qu'est recherché un objectif d'universalité comme d'égalité (J. M. de Pisón, *op. cit.*, p. 68).

29. Le Tribunal constitutionnel a été amené à indiquer qu'il n'était pas possible de trouver dans la dimension prestatoire du droit à l'éducation l'obligation pour l'employeur d'organiser les journées de travail d'un employé de manière à lui permettre de suivre des cours librement choisis par lui en dépit des difficultés existantes entre les horaires de travail et ceux d'enseignement (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 129/1989 du 17 juill. 1989, F.J. 5). Le droit à l'éducation ne peut donc justifier le non-respect par l'employé de ses obligations professionnelles pas plus qu'il n'est possible de faire peser sur l'employeur les prestations inhérentes au droit à l'éducation qui n'incombent qu'aux pouvoirs publics.

30. A. Fernández-Miranda (*op. cit.*, p. 41) affirme que cette problématique est liée aux concepts juridiques indéterminés de possibilité, rationalité et proportionnalité.

tration garantit à tous les élèves une place gratuite dans un établissement scolaire de sa commune ou de la zone de scolarisation prévue ». Cependant, « dans les zones rurales où cela apparaît souhaitable, il sera possible de scolariser les enfants dans une commune à proximité de celle de résidence pour garantir la qualité de l'enseignement. Dans cette hypothèse, l'administration offrira gratuitement les services de transports scolaires et, le cas échéant, de repas et d'internat »³¹.

L'inscription d'un enfant dans un établissement d'enseignement revêt une telle importance que le Tribunal constitutionnel a même été jusqu'à considérer que l'expulsion d'un établissement dans des hypothèses spécifiques tenant à leur caractère arbitraire peut aboutir à la mise en cause du droit à l'éducation³². Ceci étant dit, le juge constitutionnel a, dans le même temps, admis dans les décisions citées en note 31 que la méconnaissance par un élève des normes essentielles garantissant la convivialité de tous au sein d'un établissement peut justifier une sanction d'une telle sévérité³³.

La portée prestatoire du droit à l'éducation s'exprime principalement dans les alinéas 4 (« l'enseignement de base est obligatoire et gratuit ») et 9 (« les pouvoirs publics aideront les établissements d'enseignement réunissant les conditions établies par la loi ») de l'article 27 de la Constitution.

2. La gratuité

Pour ce qui est du caractère obligatoire et gratuit de l'enseignement de base, il convient de signaler, tout d'abord, que cette prescription est mise en œuvre par l'article 88 LOE qui précise que, « en aucun cas, les établissements d'enseignement public ou privé sous contrat avec l'administration publique ne pourront percevoir des sommes de la part des familles compte tenu du fait que l'enseignement est gratuit ou imposer aux familles l'obligation de faire des dons à des fondations ou à des associations ou encore établir des services obligatoires associés aux enseignements qui supposeraient une participation financière de la part des familles et des élèves »³⁴. Cette gratuité concerne aussi, en vertu de l'article 15-4 de la Constitution, le second cycle du système éducatif même si ce niveau d'enseignement n'est pas obligatoire pour l'élève. À ce sujet, il paraît important d'ajouter que, comme l'a indiqué le Tribunal constitutionnel, la Constitution ne garantit pas « le droit à une éducation gratuite dans tous les centres privés dans la mesure où les deniers publics ne peuvent financer de manière inconditionnée les choix individuels »³⁵, mais doivent se limiter à garantir le service public.

31. Art. 82-2 LOE. Sur la scolarisation, v. les art. 84 s. LOE.

32. Le Tribunal constitutionnel renvoie à l'arrêt de la CEDH *Campbell et Cosans*, du 25 févr. 1982, § 39-41, et traite cette question dans son arrêt n° 5/1981 du 13 févr. 1981 et dans ses ord. — *autos* — n° 382/1996 du 18 déc. 1996 et n° 333/1997 du 13 oct. 1997.

33. Dans le premier d'entre eux, il est affirmé qu'est sans incidence constitutionnelle le fait que la procédure d'expulsion ne prévoit pas l'intervention des parents de l'élève sanctionné.

34. La loi prévoit comme exception à cette règle les activités extra-académiques, complémentaires et les services scolaires qui, dans tous les cas, devront avoir un caractère volontaire.

35. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 86/1985 du 10 juill. 1985, E.J. 4.

La gratuité de l'éducation de base se justifie dans un État social qui prétend garantir à chacun une égalité réelle et effective des chances indépendamment des capacités économiques³⁶. Il en résulte que certains avis autorisés considèrent, au surplus, que le droit à l'éducation suppose nécessairement une formation de qualité³⁷ et que, une fois garanti l'accès à l'éducation au bénéfice de tous, seule est envisageable une promotion au mérite³⁸.

3. Le caractère obligatoire

La portée obligatoire du droit à l'éducation convertit ce droit en un « droit-devoir » pour ce qui concerne l'éducation considérée comme de base (composée actuellement par l'éducation primaire et par l'éducation secondaire obligatoire³⁹). Depuis la Révolution française, fait débat la question de savoir si l'éducation doit être simplement offerte comme un service public gratuit ou si elle doit, à l'inverse, être imposée à tous les enfants. Tout en laissant de côté l'évolution historique de la question⁴⁰ et en limitant notre point de vue à un angle strictement juridique, il est important de rappeler que, comme nous le signale l'exposé des motifs de la LOE, « même si le caractère obligatoire de l'enseignement a été consacré en 1857 et que depuis 1964 il s'étend de l'âge de 6 ans à celui de 14 ans, il a fallu attendre le milieu des années 80 pour que cette prescription se convertisse en réalité »⁴¹. À l'heure actuelle, les mineurs sont les principaux concernés par le respect des diverses obligations posées parmi lesquelles figure l'obligation d'être inscrit dans un établissement d'enseignement⁴². D'autre part, il incombe aux

36. Cet idéal n'apparaît pas au XX^e siècle comme précédemment indiqué. Une des « dispositions fondamentales garanties par la Constitution » française de 1791 est la suivante : « Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume ».

37. V. A. Fernández-Miranda y Campoamor, *op. cit.*, p. 43.

38. V. L'arrêt du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) du 31 mai 1990, ref. Westlaw, n° 1990\4401.

39. Art. 3-3 de la loi organique n° 2/2006 du 3 mai 2006 relative à l'éducation et arrêt du Tribunal constitutionnel n° 236/2007 du 7 nov. 2007, FJ. 8. L'art. 462 de la même loi dispose que « l'enseignement basique comprend dix années de scolarité et se déroule, de manière continue, de 6 à 16 ans. Cependant, les élèves auront le droit de demeurer dans le régime ordinaire et de suivre l'enseignement de base jusqu'à 18 ans, accomplis durant l'année de fin d'études, dans les conditions prévues par la loi ».

40. V. le résumé très intéressant de cette question effectué par A. M. Redondo García, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 27 s. À propos de cette question en droit espagnol, v. aussi, outre l'œuvre citée (p. 53 s.), M. Fuencisla Alcón Yustas, « Acerca del derecho de educación en España. De las Cortes de Cádiz a la Segunda República », *Parlamento y Constitución*, 2005, n° 9, p. 33-57 et J. M. de Pisón, *op. cit.*, p. 75 s.

41. À ce sujet v. not. l'art. 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966), dans lequel il est affirmé que l'enseignement primaire doit être obligatoire et accessible à tous ; ce sont néanmoins les textes constitutionnels les plus récents qui consacrent expressément le caractère obligatoire de l'enseignement (art. 74 et 27 des Constitutions portugaise et espagnole). V. le résumé concernant le droit espagnol in A. M. Redondo García, *op. cit.*, p. 53 s.

42. L'art. 35, a), du décret royal n° 732/1995 du 5 mai 1995 relatif aux droits et devoirs des élèves et aux règles de convivialité dans les établissements inclut, comme aspect du devoir d'étudier, celui « d'assister aux cours avec ponctualité et de participer aux activités en rapport avec le déroulement des études ».

parents « d'adopter les mesures nécessaires ou de solliciter les aides prévues en cas de difficultés pour que leurs enfants ou mineurs placés sous leur responsabilité puissent bénéficier des enseignements obligatoires et assistent régulièrement aux cours » (art. 4-2, a), de la loi organique n° 8/1985 du 3 juillet 1985 relative au droit à l'éducation dans sa version telle qu'elle a été fixée par la loi organique n° 2/2006). En pratique, les parents sont assistés dans cette tâche par les agents de la police municipale à qui il appartient de prendre en charge les absentéistes aux fins de les ramener vers leur établissement scolaire⁴³. Par ailleurs, l'article 13-2 de la loi organique n° 1/1996 du 15 janvier 1996 relative à la protection juridique du mineur — qui modifie partiellement le Code civil et la loi de procédure civile — dispose que « toute personne ou autorité qui a connaissance du fait qu'un mineur n'est pas scolarisé ou ne se rend pas à son établissement scolaire de manière habituelle et sans justification durant la période d'enseignement devra le porter à la connaissance des autorités publiques compétentes qui prendront les mesures nécessaires pour sa scolarisation ».

Ana María Redondo García, dans le travail précité, considère que le caractère obligatoire de l'éducation de base, qui passe par la présence obligatoire de l'élève dans un établissement d'enseignement, est remis en question par les partisans d'une formation autodidacte (*homeschooling*) et par ceux qui s'opposent à l'étude de certaines matières⁴⁴.

La question du *homeschooling* a donné lieu à une importante décision du Tribunal constitutionnel : l'arrêt n° 260/1994 du 3 octobre 1994 qui a été remis en cause, d'un point de vue doctrinal, par Ana Maria Redondo García et, au sein même du Tribunal, par le magistrat Gimeno Sendra par le biais d'une opinion dissidente. Le litige soumis à la juridiction portait sur la décision de l'audience provinciale de Barcelone refusant de considérer comme étant en danger les enfants des membres de l'association « Enfants de Dieu » dans laquelle les parents ne scolarisent pas leurs enfants et optent pour un type d'enseignement en phase avec leurs convictions religieuses. Selon l'audience provinciale, ce choix parental ne supposait pas une méconnaissance du droit à l'éducation des enfants. Le Tribunal constitutionnel, saisi par la *Generalidad* de Catalogne, refusa l'*amparo* sollicité en considérant que « la *Generalidad* ne perd pas pour autant ses compétences par lesquelles elle doit vérifier la correcte scolarisation des enfants mineurs pas plus que ces derniers ne sont dépossédés de leur droit à être scolarisés ; par voie de conséquence, les décisions contestées se limitent à laisser sans effet la déclaration de péril et la mise sous tutelle prononcées au bénéfice des mineurs sans qu'en aucune façon on ne puisse déduire de leur dispositif que la *Generalidad* se retrouve privée des compétences par les-

43. Le 1^{er} § de la disposition additionnelle de LODE, sous sa forme fixée par la loi organique n° 10/1999 du 21 avr. 1999 dispose que les corporations locales coopèrent avec les administrations de l'éducation compétentes sur diverses questions et notamment à propos du respect du caractère obligatoire de la scolarité. Une idée similaire figure à l'art. 25-2, n), de la loi n° 7/1985 du 2 avr. 1985 relative aux bases du régime local.

44. A. M. Redondo García, *op. cit.*, p. 83-84.

quelles elle doit veiller à rendre effective la scolarisation à laquelle à droit tout mineur et qu'il appartient aux responsables de celui-ci de garantir. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exercice de ce droit serait véritablement mis en cause qu'il faudrait alors considérer comme méconnu le droit invoqué par la requérante, ce qui n'est pas possible de déduire des décisions contestées »⁴⁵.

Selon le magistrat Gemino Sendra, la décision du juge ordinaire contestée devant le juge constitutionnel méconnaît les droits à la protection juridictionnelle effective (parce qu'elle confirme les faits prouvés dans cette affaire et en propose une interprétation altérée) et à l'éducation dans la mesure où « la liberté religieuse ne suppose pas un droit des parents à la non-scolarisation de leurs enfants sous les prétextes qu'ils sont seuls à même d'offrir l'éducation qu'ils estiment opportune ». Ana María Redondo García ne partage pas cette opinion et considère, pour sa part, en s'appuyant sur la jurisprudence pénale⁴⁶, que le fait d'éduquer un enfant en le maintenant dans le milieu familial ne méconnaît pas l'article 27-1 de la Constitution.

Cette position est discutable et, surtout, ne permet pas de résoudre le problème de fond. Il ne s'agit pas ici de savoir si un modèle éducatif passant par un enseignement au sein de la famille est possible dans notre pays. Il s'agit plutôt de déterminer, d'un point de vue constitutionnel, si les parents disposent d'une telle option.

En effet, il faut distinguer deux plans. Un enseignement familial est-il compatible avec le droit à l'éducation constitutionnellement garanti par l'article 27-1 de la Constitution ? Une réponse affirmative pourrait conduire, au surplus, à une réflexion de *lege ferenda*, qui amènerait le droit à assumer et réguler un phénomène qui prend toujours plus d'importance dans le monde. Il n'est certes pas difficile de trouver des arguments, comme le fait Ana María Redondo García, pour soutenir une telle thèse (fondamentalement, la nécessaire distinction entre « enseignement de base » et « scolarisation » et la plus grande protection de la liberté des parents de choisir un modèle éducatif en accord avec leurs convictions religieuses et morales *ex-article 27-3 Const.*⁴⁷), qui permet la défense de méthodes pédagogiques non réglementées chaque fois que celles-ci sont respectueuses des valeurs prévues à l'article 27-2 de la Constitution (droits fondamentaux et démocratie) ; ce qui suppose le nécessaire contrôle de ce type de pratiques⁴⁸. Même si la position retenue par Ana María Redondo García n'est pas dépourvue d'arguments, elle s'expose malgré tout à des critiques de divers ordres. Pour se placer, tout d'abord, sur un terrain plus politique que juridique, il paraît utile de mener une réflexion quant à savoir si, dans la pratique quotidienne, l'enseignement au foyer a servi ou non, d'un point de vue objectif, à améliorer la situation des enfants concernés⁴⁹. Au-delà de cette remarque, il y a

45. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 260/1994 du 3 oct. 1994, FJ. 2.

46. Décis. de l'*Audiencia provincial* de Grenade du 29 févr. 1996 et de l'*Audiencia provincial* de Séville du 23 nov. 1998 citée in A. M. Redondo García, *op. cit.*, p. 112 s.

47. V., A. M. Redondo García, *op. cit.*, p. 157 s., spéc. p. 168.

48. *Ibid.*, p. 161-162.

49. L'auteur propose certains exemples particulièrement révélateurs. La secte Amish, aux États-Unis (V. l'arrêt de la Cour suprême *Wisconsin c. Yoder*, n° 506 US 205, 1972), prétend éloigner « les adolescents de l'influence mondaine pernicieuse et des valeurs de la société contemporaine qu'ils

des motifs plus sérieux portant sur le fait de savoir si un particulier peut exiger une prestation déterminée passant par la réalisation de contrôles administratifs tendant à vérifier la pleine mise en œuvre de l'éducation des mineurs. De fait, il ne semble pas que l'État soit obligé d'offrir un service public (comme celui de l'éducation) à la carte au bénéfice de l'utilisateur. Sans remettre en question le fait que le mineur a droit à l'éducation et que ses parents peuvent exercer la liberté d'enseignement (dans les termes légalement prévus, c'est-à-dire à travers la création d'un établissement scolaire) il est discutable que l'on puisse exiger de l'État des prestations positives au bénéfice d'un mineur étudiant selon des modalités spécifiques et étant délibérément placé à la marge du cadre général (ce qui pourrait aussi toucher à l'égalité et imposer des prestations positives à l'État). Il est même surprenant que le Tribunal constitutionnel affirme tout à la fois que les responsables d'un mineur n'ont pas droit à ce que celui-ci soit admis dans un établissement scolaire déterminé mais que l'administration a l'obligation d'offrir un service d'inspection à domicile.

Une telle contradiction relève cependant du domaine de l'opportunité. Il est plus important de s'interroger, comme le fait Ana María Redondo García, sur la question de savoir si l'enseignement familial est inclus dans le droit à l'éducation. Cet auteur estime que la réponse doit être positive en considérant que « la scolarisation obligatoire constitue une mesure peu raisonnable et les sanctions qui sont encourues en cas de non-respect de cette obligation sont disproportionnées »⁵⁰. Pour ce motif, le Professeur Redondo prodigue divers conseils de nature à faciliter la mise en œuvre du *schooling* d'un point de vue pratique⁵¹.

À ce sujet, les divergences qui nous séparent de cet auteur sont plus radicales encore. Pour s'en tenir aux évidences, même s'il est possible de soutenir, de manière raisonnée et raisonnable, qu'il peut y avoir du droit à l'éducation une lecture distincte de celle proposée par le législateur démocratique, cela ne permet pas pour autant aux administrés d'agir en marge du droit. Si la scolarisation obligatoire est inconstitutionnelle, il appartient au seul Tribunal constitutionnel de le décider. Mais, tant que cette déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas intervenue, il est évident que les normes qui réglementent l'éducation dans notre pays s'imposent aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux individus. Il est certain, et raisonnable, que les tribunaux ont été réticents à prononcer des sanctions graves à l'égard des parents

refusent » (A. M. Redondo García, *op. cit.*, p. 142) ; en France, l'auteur évoque l'activisme normatif des pouvoirs publics pour conjurer la prolifération de sectes et d'associations qui, au titre de leurs activités, proposent une formation dans leurs propres écoles. (*ibid.*, p. 150 s.). Enfin, en Espagne, elle évoque l'exemple de la secte « Les enfants de Dieu » (*ibid.*, p. 125 s.), dont les enfants mineurs furent déclarés victimes de manipulation mentale et d'annihilation de leur esprit critique.

50. *Ibid.*, p. 164.

51. Le *Guide d'action* suggère de : (a) porter à la connaissance de l'établissement d'enseignement la décision d'éduquer le mineur en marge du système scolaire ; (b) indiquer les motifs de cette décision (pour démontrer que l'on est présence d'un choix responsable, réfléchi et qui a pour objectif d'offrir une formation intégrale à l'enfant ; (c) prévoir la participation du mineur à différentes activités du centre éducatif et (d) collaborer avec l'inspection scolaire, *ibid.*, p. 168-169. De cette façon, ajoute l'auteur, il sera possible d'éviter les sanctions pénales et civiles.

ayant méconnu l'obligation imposée par l'article 4-2, a), de la loi organique n° 8/1985 du 3 juillet 1985 relative au droit à l'Éducation, dans sa version modifiée par la loi organique n° 2/2006, telles qu'une condamnation pénale ou le retrait de l'autorité parentale, mais cela ne suppose pas que l'État ne dispose pas des mécanismes juridiques efficaces à même de garantir le strict respect de la scolarité obligatoire.

Pour ces motifs, nous partageons sans réserve l'opinion exprimée par Paloma Biglino Campos lorsqu'elle affirme qu'il existe des arguments qui viennent au soutien du choix du législateur de retenir un modèle de scolarisation obligatoire. Selon cet auteur, la liberté de conscience « garantit aux parents le droit de choisir une éducation religieuse et morale, mais cela ne les autorise pas à réclamer tout type d'éducation, et encore moins à exiger que celle-ci soit dispensée à la maison »⁵². Elle ajoute que la mise en place d'un statut légal de l'*homeschooling* « ne représenterait pas une option offerte par un droit fondamental mais simplement une nouvelle option éducative ». Ce débat met aussi en évidence l'inévitable connexion entre les aspects « droit à prestation » et « droit-liberté » du droit à l'éducation. Il en résulte que si, dans l'exercice de ce droit, les responsables légaux du mineur doivent jouer un rôle prépondérant, ledit rôle vient aussi s'exercer dans le cadre d'un service public offert directement par l'État ou, en tout cas, placé sous sa responsabilité et son contrôle.

Cette interprétation est celle qu'il faut retenir de l'article 27 de la Constitution dont l'alinéa 5 prévoit expressément que « les pouvoirs publics garantissent le droit de tous à l'éducation par une programmation générale de l'enseignement, avec la participation effective de tous les secteurs concernés et la création de centres d'enseignement »⁵³. Les fonctions de programmation sont donc assumées de manière générale par l'administration publique et ne peuvent être méconnues ni par les établissements d'enseignement ni par les destinataires du service public concerné. Comme le Tribunal suprême a eu l'occasion de le rappeler dans une hypothèse curieuse où un étudiant en droit revendiquait le droit de se présenter aux examens avec toutes les sources législatives et jurisprudentielles de son choix au nom d'une prétendue « liberté académique », cette liberté « ne peut en aucune façon être entendue dans un sens absolu et illimité. L'article 27 de la Constitution lui-même le conçoit ainsi lorsque, à l'alinéa 5, il indique que les pouvoirs publics garantissent le droit de tous à l'éducation par une programmation générale de l'enseignement avec la participation effective de tous les secteurs intéressés, programmation qui s'impose à tous ceux qui reçoivent cette éducation, dès l'instant où elle a été adoptée parce que la majorité la considère comme la plus bénéfique pour la communauté, et doit, par conséquent, s'imposer à tous ceux qui se trouvent dans la même situation, y compris à ceux qui ne sont pas d'accord avec ce que la majorité a décidé »⁵⁴.

52. A. M. Redondo García, *op. cit.*, « Prólogo », p. 18.

53. Les pouvoirs de participation prévus tant à l'al. 5 de l'art. 27 qu'à l'al. 9 ne seront pas examinés en détail dans cette étude dans la mesure où ils ont plus de relations avec l'État démocratique qu'avec l'existence de prestations publiques propres à l'État social.

54. Arrêt du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif), 10 juin 1985, ref. *Westlaw*, n° 1985\3180.

4. La coopération étatique avec les centres éducatifs

Pour revenir au caractère prestataire du droit à l'éducation qui seul nous retient dans cette étude, il est opportun de rappeler que l'article 27-9 de la Constitution dispose que « les pouvoirs publics aideront les centres d'enseignement réunissant les conditions établies par la loi ». Le Tribunal constitutionnel a mis un soin particulier à rappeler que cette disposition, « en ce qu'elle constitue un mandat au législateur, ne suppose pas pour autant un droit subjectif à une prestation publique », considérant que le législateur « est entièrement libre pour fixer, selon la modalité de son choix, ce nécessaire cadre normatif⁵⁵. La loi exigée par l'article 27-9 ne pourra pas, notamment, mettre en cause les droits et libertés relatifs à l'éducation figurant dans ce même article et devra de la même façon organiser un régime d'aide respectant le principe d'égalité »⁵⁶. Notre pays a, dès l'origine, choisi le modèle des conventions entre administrations publiques et établissements d'enseignement privé qui satisfont à une série de conditions⁵⁷ sans que cela ne suscite de problèmes particuliers⁵⁸.

5. La coopération avec les destinataires de l'éducation : les bourses

Les aides que les personnes publiques peuvent accorder aux personnes disposant de faibles revenus figurent aussi parmi les prestations relatives à l'éducation et présentant une importance pratique évidente. En effet, « il n'est pas nécessaire de développer une argumentation particulièrement prolixe pour justifier la prestation reconnue par l'article 9-1, j), de la loi n° 18/1991. Dans un État social de droit (art. 1 Const.), qui doit promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu soient réelles et effectives (art. 9-2) et le libre développement de la personnalité (art. 10-1), et qui reconnaît le droit à l'éducation (art. 27-1), il est évident que les pouvoirs publics⁵⁹ doivent prévoir un programme d'aides aux études qui

55. Dans le même sens, arrêt du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) 22 déc. 2003, recours en cassation n° 4648/1998, ref. *Westlaw*, n° 2003\9151.

56. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 86/1985 du 10 juill. 1985, F.J. 3 et n° 188/2001 du 20 sept. 2001, F.J. 5.

57. L'actuel art. 116 LOE présente un contenu très proche à celui ayant figuré, en son temps, à l'art. 48-3 LODE. D'un point de vue réglementaire, v. le décret royal n° 2377/1985 du 18 déc. 1985 par lequel est approuvé le règlement fixant les normes de base pour les conventions en matière d'éducation.

58. Un examen détaillé a été réalisé par A. Fernández-Miranda y Campoamor (*op. cit.*, p. 103 s.). D'un point de vue jurisprudentiel, parmi les décisions les plus récentes, voir les arrêts du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) du 12 mai 2003, recours en cassation n° 2248/1999, ref. *Westlaw*, n° 2003\4735), du 22 déc. 2003, recours en cassation n° 4648/1998, ref. *Westlaw*, n° 203\9151.

59. Nous n'entrerons pas dans le détail des questions de compétence qui sont abordées par les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 188/2001 du 20 sept. 2001 et n° 212/2005 du 21 juill. 2005. Il suffit de rapeler que, dans la première décision, le Tribunal constitutionnel conçoit les bourses comme des subventions et considère qu'est en cause une norme de base (art. 149-1, 30° Const.). D'autre part, la clause de compétence de l'art. 149-1, 1° Const. habilite seulement l'État central à dicter des normes mais pas à s'auto-accorder des compétences exécutives (F.J. 12 et 13).

garantit l'accès à l'éducation aux citoyens disposant des plus faibles ressources économiques »⁶⁰. Il faut donc en déduire que nous sommes en présence d'un « élément central du système éducatif tendant à rendre effectif le droit à l'éducation »⁶¹ de telle sorte qu'il est évident que, dans les cadres des articles 1^{er}, 9-2, 10-1 et 27-1 de la Constitution, « les pouvoirs publics doivent établir un programme d'aides aux études qui garantit l'accès à l'éducation aux citoyens disposant des plus faibles ressources économiques »⁶².

Ceci étant dit, « ni les études faisant l'objet d'une bourse, ni même les types ou montants des aides en question ne peuvent être considérés comme faisant partie intégrante du contenu premier du droit fondamental concerné. En fait, il faut distinguer, d'un côté, les éléments généraux relatifs au droit à obtenir une bourse, trouvant leur fondement dans l'article 149-1, 1^o de la Constitution tels qu'ils sont mis en œuvre par la législation organique si sont satisfaites certaines conditions fixées par la réglementation générale, et, d'un autre côté, les critères de politique éducative qui organisent conjoncturellement l'accès audit droit »⁶³. En fait, les aides peuvent être accordées aussi bien sous la forme de bourses qu'au travers de toute autre mesure telle que, par exemple, la non prise en compte des bourses pour le calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques⁶⁴.

6. La langue, compréhension et droit à l'éducation

Il convient, en dernier lieu, de s'intéresser à la question du choix de la langue dans le cadre de l'éducation en ce qu'elle se situe à mi-chemin entre la dimension prestatoire du droit à l'éducation et la nature de liberté de ce même droit. Le Tribunal constitutionnel a indiqué, dès l'origine, dans des termes qui méritent d'être retenus, que « aucun des alinéas de l'article 27 de la Constitution — ni le premier qui reconnaît le droit de tous à l'éducation, ni le second ou le septième dans lequel sont expressément visés les parents des élèves et qui respectivement prévoient que “les pouvoirs publics garantissent le droit des parents à ce que leurs enfants reçoivent la formation religieuse et morale en accord avec leurs propres convictions” et que les parents participeront “au contrôle et à la gestion de tous les établissements soutenus par l'Administration avec des fonds publics, dans les termes déterminés par la loi” — n'inclut, comme partie ou élément du droit constitutionnel garanti, le droit des parents à ce que leurs enfants reçoivent une éducation dans la langue de leur choix dans

60. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 214/1994 du 14 juill. 1994, FJ. 8.B.

61. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 188/2001 du 20 sept. 2001, FJ. 4, *in fine* et n° 212/2005 du 21 juill. 2005, FJ. 5.

62. Arrêts du Tribunal constitutionnel 214/1994 du 14 juill. 1994, FJ. 8 et n° 212/2005 du 21 juill. 2005, FJ. 5.

63. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 212/2005 du 21 juill. 2005, FJ. 14. Ne font pas partie du noyau central du droit « les exigences économiques et académiques ni les systèmes de pondération car ceux-là, logiquement, sont dotés d'un caractère provisoire en raison de circonstances possiblement changeantes ».

64. V. l'arrêt n° 214/1994 du 14 juill. 1994, FJ. 8.B.

l'établissement d'enseignement public de leur choix. Ce droit ne procède pas non plus, contrairement à ce que peut soutenir la requête, de sa relation avec l'article 14 de la Constitution qui, s'il interdit tout traitement discriminatoire pour des motifs linguistiques dans l'exercice du droit à l'éducation, n'implique pas ni ne peut impliquer que l'exigence constitutionnelle d'égalité des Espagnols devant la loi ne soit considérée comme satisfaite qu'à la condition — comme le soutient le requérant — que les élèves reçoivent l'enseignement — au cas présent, le primaire — intégralement dans la langue choisie par leurs parents — au cas présent, le valencien — dans un établissement d'enseignement public de leur choix »⁶⁵.

Ces considérations n'encourent aucun reproche si elles sont analysées du point de vue du principe d'égalité et du droit à l'éducation, celui-ci étant apprécié dans sa dimension liberté. Elles sont cependant plus discutables si l'on rappelle que le droit à l'éducation permet, entre autres choses, d'apprendre à lire et à écrire. Pour ce motif et pour d'autres plus généraux encore qui n'ont pas lieu d'être évoqués ici⁶⁶, il paraît cohérent de soutenir que, pour que l'éducation soit de qualité, il faut qu'elle soit dispensée dans la langue de l'élève (à condition bien sûr que cette langue soit officielle). Cette considération fait de la question linguistique autre chose qu'un simple choix à la disposition des parents de l'enfant mineur. En ce sens, le Tribunal constitutionnel a lui-même imposé certaines limitations à l'administration scolaire. En effet, par la décision n° 337/1994 du 23 décembre 1994, il a considéré « qu'il était essentiel que l'incorporation dans un système éducatif où est utilisée une langue qui n'est pas celle habituellement pratiquée n'intervienne que si les citoyens concernés sont à même de maîtriser ladite langue, ou à tout le moins, si leur rendement scolaire ne s'en trouve pas notablement inférieur à celui qu'ils auraient été en droit d'attendre s'ils avaient reçu un enseignement dans leur langue habituelle »⁶⁷. « D'autre part, quant à ceux qui ont suivi des cours dans une Communauté auto-

65. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 195/1989 du 27 nov. 1989, F.J. 3, dont la position est confirmée dans la décision postérieure n° 19/1990 du 12 févr. 1990, F.J. 3. Sur la normalisation linguistique, v. les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 137/1986 du 6 nov. 1986 (Pays basque); n° 123/1988 du 23 juin 1988 (Iles Baléares, et à propos des fils de militaires, n° 134/1997 du 17 juill. 1997); n° 337/1994 du 23 déc. 1994, not. F.J. 6 s. (Catalogne).

66. D'après nous, il n'est pas très risqué de soutenir que les administrés disposent, dans notre pays, du droit de s'adresser à l'administration dans la langue officielle de leur choix (art. 3-1 Const.), et que cette dernière est obligée de répondre dans cette même langue. Pour ce motif, le Tribunal constitutionnel s'égare lorsqu'il affirme que « le droit de tous à l'éducation s'exerce, ainsi qu'il convient de le rappeler, dans le cadre d'un système éducatif dans lequel les pouvoirs publics — c'est-à-dire l'État à travers la législation de base et les Communautés autonomes dans le cadre de leurs compétences en la matière — déterminent le déroulement de tous les niveaux, étapes, cycles et degrés de l'enseignement, les programmes minimums et les domaines concrets ou matières objet de l'apprentissage [...]. Par voie de conséquence, le droit à l'éducation que la Constitution garantit ne suppose pas que l'activité préstatatoire des pouvoirs publics en cette matière puisse être conditionnée par le libre choix des intéressés de la langue d'enseignement. Pour cela, les pouvoirs publics étatiques et autonomiques sont habilités à prévoir l'emploi des deux langues co-officielles dans une Communauté autonome comme langues de communication de l'enseignement, conformément à la répartition des compétences en matière d'éducation » (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 337/1994 du 23 déc. 1994, F.J. 9 *in fine*).

67. F.J. 11.

nome dans laquelle seul le castillan est enseigné et intègre ensuite des établissements d'une autre Communauté où il existe un régime de coofficialité linguistique, apparaît une exigence supplémentaire pour le pouvoir autonome : celle d'organiser l'enseignement de manière suffisamment souple pour prendre en considération ces situations personnelles spéciales. De fait, le contraire supposerait une mise en cause de la continuité des études sur tout le territoire de l'État pour un motif linguistique, ce qui méconnaîtrait évidemment le droit à l'éducation garanti par l'article 27 de notre norme fondamentale »⁶⁸. Ces observations mettent en évidence le fait que, pour que l'éducation, entendue comme prestation, soit efficiente, elle doit évidemment être compréhensible par l'élève.

On pourrait donc conclure que, selon nous, une chose est la langue de l'enseignement dispensé à l'élève, qui devrait être choisie par celui-ci ou par ses parents et, une autre est l'étude de la langue coofficielle (catalane, basque, galicien...) comme matière enseignée, qui peut (et doit) faire partie des plans d'étude des Communautés autonomes concernées⁶⁹. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause « la légitimité constitutionnelle de l'enseignement par le biais d'une langue qui soit propre à la Communauté autonome et consacrée comme langue coofficielle sur son territoire au même titre que le castillan (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 137/1986, F.J. 1)⁷⁰ ». Il est question plutôt de savoir s'il est constitutionnellement possible de l'imposer.

III. LE DROIT À L'ASSISTANCE JURIDIQUE GRATUITE DANS UNE PERSPECTIVE DE PRESTATION

Comme le droit à l'éducation, le droit à l'assistance juridique gratuite sera étudié exclusivement sous l'angle des prestations qu'il implique.

A. LA JUSTICE GRATUITE, LE RÉGIME LÉGISLATIF ET LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

L'article 119 de la Constitution dispose que « la justice sera gratuite lorsque la loi l'établira et, dans tous les cas, pour tous ceux qui justifieront de l'insuffisance de leurs ressources pour ester en justice ». Même si l'on peut penser que cette disposition, par sa formulation et sa situation dans la Constitution⁷¹, ne contient aucun droit fondamental, le Tribunal constitutionnel a considéré à juste titre que, dans la seconde

68. *Idem.*

69. Le Tribunal précise dans la même décision que « Est indiscutable le devoir de connaître la langue catalane comme matière obligatoire d'enseignement dans les plans d'études de ceux qui intègrent des établissements d'enseignement de Catalogne » (F.J. 14).

70. *Ibid.*, F.J. 9.B.

71. Cette disposition se trouve dans le Titre VI de la Constitution relatif au pouvoir judiciaire.

incise, nous sommes en présence d'une des composantes du droit à la protection juridictionnelle effective (et plus précisément des droits d'accès à la justice et au recours) qui présente une (évidente) dimension prestatoire.

En effet, « la jurisprudence constitutionnelle a mis en évidence à plusieurs reprises la relation existant entre le droit à l'assistance juridique gratuite de ceux ne disposant pas des moyens économiques suffisants pour ester en justice (art. 119 Const.) et le droit à la protection juridictionnelle effective (art. 24-1). Ainsi, ce droit dispose d'un caractère instrumental à l'égard du droit d'accès à la justice dans la mesure où son objectif direct est de permettre aux personnes ne disposant pas des ressources suffisantes d'agir dans le cadre d'un procès pour formuler des demandes ou, à l'inverse, pour agir en défense, c'est-à-dire, qu'il s'agit de faire en sorte que nul ne soit écarté de la justice du fait d'un manque de ressources. Ainsi, même si ce droit a été considéré comme prestatoire et devant être mis en œuvre par la loi, ce qui implique que la détermination de son contenu et des conditions spécifiques de son exercice relève de la compétence du législateur, il convient de souligner que la liberté d'intervention du législateur qui découle de l'article 119 de la Constitution n'est pas absolue. En effet, dans cette même disposition, il est affirmé expressément que, dans tous les cas, la justice sera gratuite pour ceux qui justifient de l'insuffisance de leurs ressources pour agir en justice. Nous sommes donc devant un contenu constitutionnel indisponible pour le législateur qui l'oblige à reconnaître, en toute hypothèse, le droit à la gratuité de la justice pour les personnes qui peuvent faire état de l'insuffisance de leurs moyens pour agir en justice (arrêts du Tribunal constitutionnel n° 117/1998 du 2 juin 1998, F.J. 3 ; n° 183/2001 du 17 sept. 2001, F.J. 2 ; n° 180/2003 du 13 oct. 2003, F.J. 2 et n° 127/2005 du 23 mai 2005, F.J. 3) et ceci, au motif que, ce faisant, sont satisfaits, non seulement l'intérêt particulier de l'intéressé, mais aussi les intérêts généraux de la justice dans la mesure où sont ainsi préservés les principes de contradiction et d'égalité procédurale permettant à l'organe juridictionnel d'adopter une décision conforme au droit (arrêts du Tribunal constitutionnel n° 97/2001 du 5 avr. 2001, F.J. 5 et n° 187/2004 du 2 nov. 2004, F.J. 3) »⁷².

Le Tribunal constitutionnel a considéré que le législateur bénéficie d'une marge d'appréciation au moment de déterminer ce qu'il faut entendre par « insuffisance des ressources pour ester en justice ». Selon lui, le législateur peut définir ce concept juridique indéterminé « à partir de critères objectifs comme celui d'un certain montant de revenus, opter pour un système d'arbitrage judiciaire laissant la décision à l'appréciation des juges ou de ces derniers et d'autres instances, ou il peut utiliser des formules mixtes en se limitant à établir des critères génériques que devra pondérer le juge en accordant ou en refusant les demandes de gratuité (nombre d'enfants ou de parents à charge du pétitionnaire, coût du logement, caractéristiques du procès principal...) »⁷³.

72. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 10/2008 du 21 janv. 2008, F.J. 2. Dans le même sens, et parmi beaucoup d'autres, v. les arrêts n° 117/1998 du 2 juin 1998, F.J. 3, n° 95/2003 du 22 mai 2003, F.J. 3, n° 180/2003 du 13 oct. 2003, F.J. 2, n° 187/2004 du 2 nov. 2004, F.J. 3, n° 127/2005 du 23 mai 2005, F.J. 3 et n° 217/2007 du 8 oct. 2007, F.J. 2.

73. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 16/1994 du 20 mars 1994 et n° 95/2003 du 22 mai 2003, F.J. 4.

B. LE RÉGIME JURIDIQUE

Il convient maintenant de prendre en considération le cadre législatif relatif à notre question. L'article 20-2 de la loi organique n° 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 relative au pouvoir judiciaire dispose que « sera organisé par la loi un système de justice gratuite tendant à assurer l'effectivité du droit proclamé aux articles 24 et 119 de la Constitution dans les hypothèses d'insuffisance de ressources pour agir en justice ». Cette loi est la loi 1/1996 du 10 janvier 1996 relative à l'assistance juridique gratuite⁷⁴ qui a unifié le régime juridique en la matière jusque-là dispersé dans les différentes lois de procédure civile, criminelle, contentieuse-administrative et sociale.

C. LES BÉNÉFICIAIRES DU DROIT

Le bénéfice de l'assistance juridique gratuite est susceptible d'être accordé aux citoyens de l'Union européenne et aux étrangers qui se trouvent en Espagne lorsqu'ils démontrent qu'ils n'ont pas les moyens suffisants pour agir en justice, aux entités gestionnaires et aux services communs de la sécurité sociale ainsi qu'à différentes personnes morales (associations d'utilité publique et fondations) qui démontrent qu'elles ne disposent pas des ressources nécessaires pour agir en justice⁷⁵. L'insuffisance des ressources, pour ce qui concerne les personnes physiques⁷⁶, est retenue dans les hypothèses où les intéressés ne disposent pas de revenus d'un montant correspondant au double du salaire minimum interprofessionnel en vigueur au moment de la présentation de la demande.

Pour ce qui est du titulaire du droit, il faut distinguer les personnes physiques, d'un côté, et les personnes morales, de l'autre. En effet plusieurs décisions du Tribunal constitutionnel ont limité, à plusieurs reprises⁷⁷, « aux personnes physiques le contenu indisponible du droit à l'assistance juridique gratuite de telle sorte qu'il est

74. Le texte a été modifié par les lois n° 1/2000 du 7 janv. 2000 relatives à la procédure civile, n° 14/2000 du 29 déc. 2000 portant mesures fiscales, administratives et sociales, n° 53/2002 du 30 déc. 2000 portant mesures fiscales, administratives et sociales, n° 7/2003 du 1^{er} avr. 2003 par laquelle est modifiée la loi n° 2/1995 du 23 mars 1995 relative aux sociétés à responsabilité limitée et n° 16/2005 du 18 juill. 2005 par laquelle est modifiée la loi n° 1/1996 du 10 janv. 1996 relative à l'assistance juridique gratuite pour résoudre les litiges transfrontaliers civils et commerciaux de l'Union européenne.

75. Les travailleurs et bénéficiaires du système de sécurité sociale jouissent aussi de cette garantie dans les procès sociaux et administratifs. Il en va de même pour les étrangers appelés devant la juridiction administrative à la suite de refus d'entrer sur le territoire, de reconduite à la frontière, d'expulsion ou de refus d'asile.

76. V. not. les art. 3, 4 et 5 de cette loi.

77. « La Constitution n'interdit pas que certaines voire toutes les personnes morales puissent bénéficier de la justice gratuite mais une telle prestation ne découle pas du second alinéa de l'article 119 de la Constitution (qui, ainsi qu'il a déjà été dit, ne vise que les personnes physiques), mais du premier alinéa de cette disposition en vertu duquel il relève de la seule liberté du législateur ordinaire de décider quand et dans quelles conditions des personnes morales peuvent prétendre au bénéfice de la justice gratuite (arrêt n° 117/19986 du 2 juin 1998, FJ. 6) » (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 217/2007 du 8 oct. 2007, FJ. 3).

compatible avec le droit à la protection juridictionnelle effective que le législateur ne reconnaisse ce droit qu'au bénéfice de certaines personnes morales »⁷⁸. Cette idée paraît trouver son origine dans la jurisprudence issue de l'arrêt n° 16/1994 du 20 janvier 1994 (même si cet arrêt ne prend pas position sur la portée de ce droit à l'égard des personnes morales⁷⁹) et, plus spécialement, dans la décision n° 117/1998, du 2 juin 1998. Cette dernière affirme que « le contenu indisponible de l'article 119 de la Constitution bénéficie seulement à la personne physique car c'est la seule qui peut faire valoir un « niveau minimum de ressources personnelles ou familiales ». Dans le même sens, par sa décision du 3 juillet 1973 portant sur l'article 114-4 de la Loi de procédure civile (actuel article 16 ZPO)⁸⁰, la Cour constitutionnelle allemande a elle aussi considéré que seules les personnes physiques pouvaient revendiquer le bénéfice constitutionnel du droit à l'assistance juridique gratuite ». La possibilité pour les personnes morales de bénéficier d'une assistance juridique gratuite figure à l'alinéa 1^{er} de l'article 119 (« la justice sera gratuite lorsque la loi l'établira ») de telle sorte que le législateur est libre de déterminer la portée de cette faculté et, par voie de conséquence, d'en refuser le bénéfice à une société commerciale⁸¹. En effet, la loi n° 1/1996 accorde un tel avantage aux seules personnes morales présentant un intérêt social (c'est-à-dire les associations d'utilité publique et les fondations⁸²) lorsqu'elles apportent la preuve qu'elles ne disposent pas des ressources suffisantes pour agir en justice ainsi que, dans tous les cas, à la Croix-Rouge espagnole, aux associations de consommateurs ou d'usagers⁸³ et aux associations d'utilité publique qui ont pour objet la promotion et la défense des droits des personnes handicapées⁸⁴. Le Tribunal constitutionnel conclut ainsi que c'est la « différence de nature et de fonction entre les personnes physiques et les personnes morales » qui permet et justifie « un traitement législatif différent dès l'instant où,

78. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 95/2003 du 22 mai 2003, FJ. 4.

79. Nous partageons le point de vue exprimé par le juge P. García Manzano dans le § 3 de son opinion dissidente relative à l'arrêt n° 117/1998. En effet, de l'affirmation selon laquelle « il faut prendre en charge les frais de justice de ceux qui, exposés à de telles dépenses, seraient obligés de choisir entre l'abandon du procès et la mise en danger du niveau minimum de subsistance personnelle et familiale » (FJ. 3), il n'est pas possible de déduire que les personnes morales sont exclues, *a radice*, d'un tel bénéfice.

80. FJ. 5 *in fine*.

81. FJ. 6.

82. Art. 2.

83. Il existe en droit espagnol « une claire option du législateur en faveur de l'octroi du bénéfice de la justice gratuite aux associations de consommateurs légalement inscrites et enregistrées, tant pour ce qui concerne les actions collectives que pour ce qui est des actions individuelles (art. 11-1 de la loi de procédure civile), compte tenu du fait que la défense des droits et des intérêts d'un adhérent transcende le seul intérêt particulier lorsque l'action conserve une relation directe avec les produits ou services d'usage ou de consommation courant, ordinaire et généralisé » (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 217/2007 du 8 oct. 2007, FJ. 4). Il faut rappeler que, à partir de la loi n° 44/2006 du 29 déc. 2006 et conformément au droit applicable lors de la rédaction du présent travail (art. 37, d) du décret législatif n° 1/2007 du 16 nov. 2007 par lequel est modifié la loi générale pour la défense des consommateurs et usagers et autres lois complémentaires), seules les associations de consommateurs et d'usagers d'un niveau supra-autonome et légalement constituées et enregistrées pourront prétendre au bénéfice du droit à l'assistance juridictionnelle gratuite.

84. Disposition additionnelle seconde.

comme dans le cas de l'article 119 de la Constitution, il s'agit d'un droit de nature prestatoire dont la portée est fixée par la loi et pour lequel le législateur dispose donc d'une grande marge de liberté pour concilier les intérêts publics et privés en cause avec les ressources budgétaires disponibles, qui sont par principe limitées, et, ce droit de nature sociale qui s'efforce de garantir l'accès à la justice et d'éviter le déséquilibre entre les parties durant le procès ne pouvant être conçu de manière illimitée, il est légitime que le législateur ait pris en considération les réalités distinctes qui séparent la personne physique de la personne morale pour établir des régimes juridiques différents »⁸⁵.

S'il est certain que le droit à l'assistance juridique gratuite trouve son origine dans la pauvreté et si l'on admet également qu'il se voit uniquement reconnu aux personnes physiques, il ne faut pas pour autant perdre de vue que ce droit à la protection juridictionnelle effective a pour fonction de protéger toute personne qui peut être impliquée dans un procès et que, pour ce motif, ce droit devrait pouvoir bénéficier à toute personne morale qui ne dispose pas des compétences techniques suffisantes pour la défense de ses intérêts. Nous partageons, par voie de conséquence, l'opinion exprimée par le magistrat Pablo García Manzano dans son opinion dissidente relative à l'arrêt n° 117/1998 dans laquelle il développe notamment cette argumentation pour considérer que le Tribunal constitutionnel aurait dû retenir une autre solution⁸⁶.

Pour ce qui concerne les seules personnes physiques, il est utile de rappeler que, à propos des étrangers, la loi organique n° 1/1996 accordait un tel droit aux seuls étrangers résidents « légalement » en Espagne. Cette restriction fut déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal constitutionnel dans sa décision n° 95/2003 du 22 mai 2003⁸⁷. Dans cette dernière, l'Assemblée plénière du Tribunal rappelle que « toute personne physique qui est titulaire du droit à la protection juridictionnelle effective doit jouir du droit à la gratuité de la justice s'il ne dispose pas des ressources suffisantes pour agir en justice dans les conditions fixées par le législateur ordinaire »⁸⁸. Dans la mesure où l'étranger, indépendamment de sa situation légale ou illégale sur le sol espagnol⁸⁹, est titulaire du droit à la protection juridictionnelle effective, il doit en aller de même à l'égard du droit à une justice gratuite⁹⁰. Même si cet arrêt est accompagné de plusieurs

85. FJ. 8 *in fine*.

86. Le magistrat relativise aujourd'hui la différence entre la nature physique ou juridique de la personne (§ 1), remet en question le critère du passé (et même sa propre utilité, au motif qu'il n'est pas aussi pacifique comme l'affirme l'arrêt) (§ 4), dénonce clairement l'erreur commise par le Tribunal en confondant le patrimoine de la société avec celui des associés (§ 5) et remet en question la loi lorsqu'elle discrimine, parmi les personnes morales, entre celles qui ont droit à l'assistance juridique gratuite et celles à qui ce droit est refusé (§ 6).

87. Cet arrêt est consécutif à un recours en inconstitutionnalité intenté par le Défenseur du peuple.

88. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 95/2003 du 22 mai 2003, FJ. 4.

89. V. les arrêts du Tribunal constitutionnel n° 99/1985 du 30 sept. 1985 et n° 115/1987 du 7 juill. 1987.

90. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 95/2003 de 22 mai 2003, FJ. 5.

opinions dissidentes⁹¹, nous nous rangeons absolument à l'avis exprimé par le Haut Tribunal et considérons qu'il est au surplus possible de se prévaloir d'arguments comparables pour soutenir que les personnes morales sont, elles aussi, titulaires de ce droit (consubstantiel au droit à la protection juridictionnelle effective), exigence qui découle de l'importance dont les groupes disposent dans l'État de droit social.

D. LE CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application du droit à l'assistance juridique gratuite est très vaste. Sans pour autant nous livrer à un examen en profondeur du contenu matériel de ce droit (fixé par l'art. 6 de la loi n° 1/1996⁹²), il est intéressant de s'attacher à l'alinéa 3 en vertu duquel en fait partie intégrante la « défense et la représentation gratuites par voie d'avocat et de *procurador* (qui assure la représentation du justiciable) durant le procès, lorsque l'intervention de ces professionnels est légalement exigée ou, à défaut, lorsqu'elle est expressément requise par le juge ou le tribunal par décision motivée pour garantir l'égalité des parties au procès ».

Littéralement, l'on peut déduire de cette disposition qu'il existe des hypothèses dans lesquelles la représentation ou l'assistance durant le procès ne sont pas imposées par le droit mais doivent malgré tout être accordées de manière gratuite si elles sont considérées comme nécessaires. À cet égard, la décision n° 152/2000 du 12 juin 2000 nous rappelle, dans son fondement juridique n° 3, que le Tribunal constitutionnel a déjà souligné à plusieurs reprises l'incidence que peut avoir le refus de désigner un avocat d'office dans les procédures pour lesquelles l'assistance d'un avocat n'est pas imposée par la loi. Par exemple, dans la décision n° 82/1996 du 27 mai 1996, renvoyant à une jurisprudence constante, il a rappelé que, « parmi le faisceau de garanties qui constituent le droit à un procès juste, figure évidemment

91. V. M. Conde refuse la relation établie entre l'art. 119 de la Constitution figurant au Titre VI et le droit fondamental à la protection juridictionnelle effective ce qui l'amène à insister sur la liberté du législateur en la matière et, par voie de conséquence, à retenir la constitutionnalité de la disposition contestée. R. García-Calvo y Montiel considère, lui aussi, que le droit à l'assistance juridique gratuite est de portée simplement législative et de nature prestatoire de telle sorte que le législateur est libre de l'accorder ou non dans le respect des traités internationaux en la matière. Même si ces positions ne manquent pas de pertinence, elles ne peuvent être partagées si l'on prend en considération le principe de l'interprétation la plus favorable des droits fondamentaux et de la contextualisation du droit à la protection juridictionnelle effective dans un État sensible aux inégalités sociales. De son côté, J. Rodríguez-Zapata Pérez défend l'idée selon laquelle, même si le droit bénéficie aussi aux étrangers en situation irrégulière, il est possible que son régime juridique soit distinct de celui prévu pour les citoyens espagnols. Il soutient donc que « l'égalité dans l'attribution du droit à la protection juridictionnelle effective n'implique pas d'interdire un régime législatif distinct à propos du bénéfice à la justice gratuite dès l'instant où sont respectés des principes de proportionnalité et de modération ».

92. « Le droit à l'assistance juridique gratuite comprend notamment une assistance pré-contentieuse destinée à prévenir la saisine du juge ou à analyser les chances de succès (1), l'assistance aux personnes détenues ou emprisonnées n'ayant pas choisi d'avocat (2), la défense et la représentation gratuite par des avocat et *procurador* devant la justice que leur intervention soit imposée par la loi ou expressément requise par la juridiction pour garantir l'égalité entre les parties (3) [...] »

le droit à être défendu et à bénéficier d'une assistance juridique que l'article 24-2 de la Constitution consacre, non seulement en matière pénale, mais aussi dans le cadre des autres procédures contentieuses [...] et dont la finalité est de garantir la protection effective des principes d'égalité entre les parties et du contradictoire qui imposent aux organes juridictionnels le devoir d'éviter les déséquilibres entre les parties aux procès ou les entraves dans l'organisation de la défense desdites parties qui pourraient aboutir à les priver de toute défense, ce qui est proscrit par le dernier alinéa de l'article 24-1 de la Constitution (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 47/1987 du 22 avr. 1987). [...] Nous avons aussi confirmé que le fait que l'intervention d'un avocat ne soit pas obligatoire dans un procès donné au regard des lois procédurales ne prive pas le justiciable du droit à être défendu et assisté par un avocat que lui reconnaît l'article 24-2 de la Constitution? par voie de conséquence, le caractère non obligatoire ou nécessaire de l'intervention d'un avocat dans certaines procédures n'impose pas aux parties d'intervenir personnellement, mais leur offre simplement la faculté de choisir entre une défense directe ou une défense par un professionnel, ce qui suppose, par voie de conséquence, que demeure intact le droit à l'assistance d'un avocat dans ces hypothèses puisque cette faculté reste à la disposition des parties, ce qui induit, en principe, le droit du justiciable qui ne dispose pas des ressources suffisantes pour choisir l'avocat de son choix à ce que lui soit accordé un avocat d'office lorsque cela est demandé et considéré comme nécessaire (arrêts du Tribunal constitutionnel n° 47/1987 du 22 avr. 1987, n° 216/1988 du 16 nov. 1988, n° 188/1991 du 3 oct. 1991, n° 208/1992 du 30 nov. 1992 et n° 276/1993 du 20 sept. 1993) »⁹³.

Dans des décisions relativement récentes, le Tribunal constitutionnel a même été jusqu'à affirmer que le bénéfice de la justice gratuite appartient aussi à la personne qui entend former une accusation particulière à propos d'un délit faisant l'objet de poursuites dans la mesure où, alors même qu'elle peut décider de ne pas se constituer sur cette affaire et laisser le ministère public agir seul, elle peut aussi décider d'intervenir dans la procédure, auquel cas elle doit pouvoir compter sur le bénéfice de la justice gratuite. Lui refuser cette possibilité, en considérant que son intervention au procès n'est pas nécessaire⁹⁴, méconnaît de manière directe son droit à l'accès au juge (*ius ut procedatur*), étant donné que, dans cette hypothèse, « est légalement requise l'intervention d'un avocat et d'un *procurador*, alors même que l'intéressé ne peut pas assumer le montant de leurs honoraires »⁹⁵.

93. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 215/2002 du 25 nov. 2002, FJ. 4. Cependant, une personne ne se trouve pas privée de défense lorsqu'il lui est indiqué que dans un procès spécial — *juicio de faltas* — elle ne peut solliciter l'assistance juridique gratuite qu'à l'audience à laquelle elle est donc tenue de se présenter mais qu'elle décide de ne pas s'y rendre (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 222/2002 du 25 nov. 2002).

94. L'organe judiciaire avait conclu à tort que « une chose est l'obligation légale d'offrir les moyens aux victimes de se constituer dans un procès et, une autre, est de les leur offrir de manière gratuite ; ils seront tenus de le faire par l'intermédiaire de l'avocat et du *procurador* de leur choix conformément à la disposition précédemment évoquée ».

95. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 9/2008 du 21 janv. 2008, FJ. 4.

E. LA PROCÉDURE

La reconnaissance du droit à l'assistance juridique gratuite relève de la Commission pour l'assistance juridique gratuite⁹⁶, organe composé d'un membre du parquet, des doyens des collèges des avocats et des *procuradores* (ou les membres désignés par eux) et de deux représentants de l'administration dont dépend la commission. Leurs décisions sont susceptibles d'être contestées par la voie judiciaire et, dans le cadre de l'*amparo*, devant le Tribunal constitutionnel⁹⁷. Le fait que « ce ne soit pas un organe judiciaire qui, en dernier lieu, se prononce sur l'octroi de l'assistance juridique gratuite ne peut pas être considéré comme contraire à l'article 24-1 de la Constitution dans la mesure où le simple examen de la question de savoir si la demande formulée est ou non acceptable ne peut en aucune façon être comparée au jugement sur le fond de la question dès l'instant où cette fonction, au regard des effets caractéristiques de la chose jugée qu'elle implique, doit être toujours réservée ex article 117-3 de la Constitution, aux juges et tribunaux ou, le cas échéant, aux organes arbitraux dont la nature juridictionnelle est équivalente (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 174/1995) »⁹⁸.

F. LA SUSPENSION ET LA RECTIFICATION

Même si l'article 16 de la loi n° 1/1996 prévoit en son paragraphe 1^{er} que « la demande de reconnaissance du droit à l'assistance juridique gratuite ne suspend pas le procès en cours », les décisions du Tribunal constitutionnel sont particulièrement nombreuses à affirmer que cette suspension est pertinente dès l'instant où la décision de justice qui refuserait une telle mesure porterait atteinte en toute hypothèse au droit à la protection juridictionnelle effective⁹⁹. En ce sens, le Tribunal soutient qu'il est nécessaire d'interpréter la disposition légale dans la perspective de garantir l'accès de

96. Il y en a plusieurs : une centrale, d'autres au niveau des Communautés autonomes et d'autres au niveau des provinces prévues aux art. 9 s. Il convient de se référer à l'arrêt du Tribunal constitutionnel n° 97/2001 du 5 avr. 2001 dans laquelle le Tribunal constitutionnel considère que différents alinéas des art. 9-1 et 10-1 et de la première disposition additionnelle ne sont pas applicables en Catalogne au motif qu'ils empiètent sur les compétences de cette dernière.

97. La décision la plus récente du Tribunal constitutionnel en la matière est l'arrêt n° 10/2008 du 21 janv. 2008 par lequel il annule la décision adoptée par la commission d'assistance juridique gratuite d'Alicante du 7 mars 2005 (confirmée par voie judiciaire) qui avait refusé le bénéfice de cette assistance au motif que la pétitionnaire n'avait pas fourni les renseignements et documents qui permettaient de connaître sa situation économique alors même qu'elle avait indiqué à la commission que ces informations avaient été fournies à l'occasion d'une autre affaire. *Lamparo* fut donc accordé au motif que la Commission avait rejeté la demande sans mener à bien d'autres démarches (prendre en compte les renseignements fournis par ailleurs, renouveler la demande des documents auprès de la personne) rendant ainsi une décision considérée comme disproportionnée.

98. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 12/1998 du 15 janv. 1998, F.J. 4, b).

99. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 28/1981, 245/1988, 135/1991, 132/1992, 91/1994, 175/1994, 105/1996 du 11 juin 1996, F.J. 2, n° 71/1999 du 26 avr. 1999, F.J. 3 et n° 189/2006 du 19 juin 2006, F.J. 3. Ces décisions peuvent compromettre plus spécifiquement le droit d'accès à la justice (si la demande de l'assistance juridique est présentée pour le premier degré de juridiction) ou le droit d'accès aux recours (si la demande est présentée pour contester une décision de justice).

tous dans des conditions équivalentes à la justice¹⁰⁰ et ajoute qu'« il n'est possible de faire courir les délais de procédure qu'à partir du moment où les bénéficiaires du droit à l'assistance juridique gratuite ont reçu notification de la décision de nomination des professionnels en charge de leur défense ou, dans les hypothèses où la notification formelle de cette désignation n'est pas intervenue, à partir du moment où les professionnels en question ont accompli diverses diligences visant à la défense des citoyens au bénéfice de qui a été reconnu ce droit à l'assistance juridique gratuite »¹⁰¹.

Par ailleurs, une erreur dans le dépôt de la demande d'assistance juridique gratuite ne peut déboucher sur l'irrecevabilité du recours déposé. Le Tribunal constitutionnel a indiqué, à plusieurs reprises, que le fait que la demande ait été présentée de manière incorrecte peut justifier que soit opposé un refus mais en aucun cas ne peut aboutir à la terminaison prématurée du procès en cause. En effet, l'existence d'erreurs diverses dans la présentation de la demande d'assistance juridique gratuite (présentation hors délai¹⁰² ou devant un organe incompétent¹⁰³) ne permet pas à l'organe juridictionnel de relever la forclusion de la procédure juridictionnelle mais doit l'amener à accorder un nouveau délai à l'intéressé pour que, s'il le désire, il puisse désigner les professionnels de son choix¹⁰⁴.

G. L'AVOCAT DÉSIGNÉ D'OFFICE ET LA DÉFENSE EFFECTIVE

Au final, « l'assistance d'un avocat doit avoir un contenu réel et efficace et, pour ce motif, lorsque cette assistance est gratuite, ce droit fondamental de nature prestatoire ne peut être considéré comme étant respecté par la seule désignation d'un professionnel qui ne déboucherait sur aucune relation entre le client et son avocat de nature à permettre la mise en place d'une ligne de défense dans des conditions équivalentes à celles existant lorsque les honoraires sont payés par le client. Par voie de conséquence, la désignation de l'avocat doit être portée à la connaissance du bénéficiaire pour qu'il puisse faire usage et bénéficier de cette protection dans des conditions satisfaisantes (arrêt du Tribunal constitutionnel n° 162/1993 ainsi que la jurisprudence citée) »¹⁰⁵, et, plus encore, il est nécessaire que « les professionnels ainsi désignés offrent une assistance réelle et efficace aux justiciables (ord. n° 158/1996), ainsi que l'a souligné la CEDH dans ses décisions du 9 octobre 1979 (*Airrey*), 13 mai 1980 (*Artico*) et 25 avril 1983 (*Pakelli*) »¹⁰⁶. Avec cette ultime considération, le contrôle du Tribunal constitutionnel s'étend au comportement de l'avocat désigné d'office, contrôle qui, pour ne pas porter sur l'action des pouvoirs publics, doit se limiter, à notre avis, à la sanction des négligences manifestes commises par ce conseil.

100. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 219/2003 du 15 déc. 2003, FJ. 4.

101. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 219/2003 du 15 déc. 2003, FJ. 6.

102. Arrêts du Tribunal constitutionnel n° 33/1990 du 26 févr. 1990, n° 213/2001 du 29 oct. 2001 et n° 130/2003 du 30 juin 2003.

103. Arrêt du Tribunal constitutionnel 187/2004 du 2 nov. 2004.

104. Arrêt du Tribunal constitutionnel 187/2004 du 2 nov. 2004, FJ. 5.

105. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 137/1999 du 22 juill. 1999, FJ. 4.

106. Arrêt du Tribunal constitutionnel n° 105/1999 du 14 juin 1999, FJ. 3.