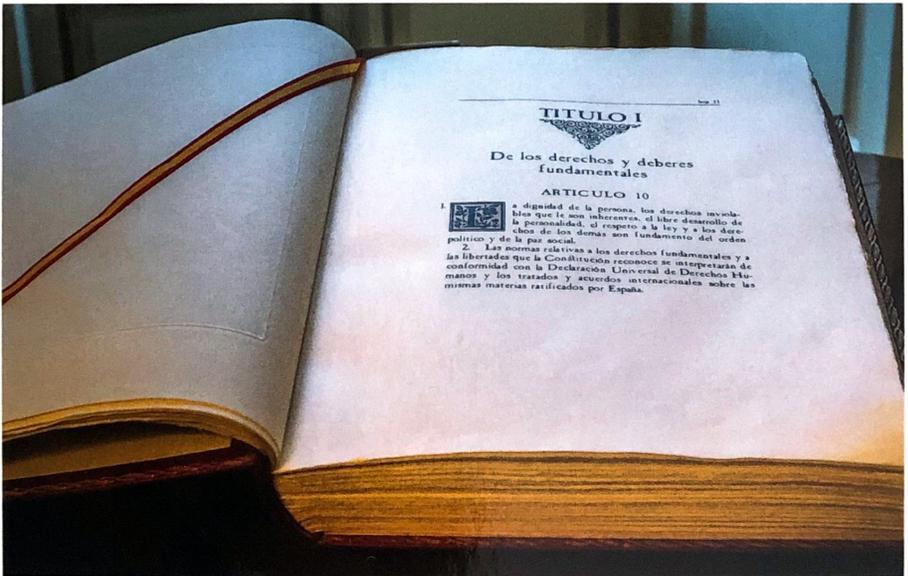


Sous la direction scientifique de
Hubert ALCARAZ et Olivier LECUCQ

40 ans d'application de la Constitution espagnole



Institut Francophone
pour la Justice et la Démocratie

Les droits sociaux

Francisco Javier MATIA PORTILLA

I. CONSIDÉRATIONS PRÉALABLES

43

Il y a dix ans de cela, nous avons eu l'honneur de participer à la table ronde célébrée au sein de cette même université à propos des trente ans de la Constitution espagnole. À cette occasion, nous avons eu la charge d'intervenir sur le sujet *Droits sociaux et droits fondamentaux*¹. Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous avons effectué une délimitation entre des notions telles que l'État social et les droits sociaux, qui sont souvent utilisées avec un manque de précision tant dans le champ juridique que sur le terrain politique. Il n'y aurait aucun sens à retranscrire ces pages au sein de ce travail mais il est nécessaire, en revanche, de rappeler les thèses qui y étaient défendues, lesquelles serviront, à nouveau, à délimiter la présente contribution. Nous rappellerons à ce titre que la dimension sociale de notre État (énoncée à l'article 1.1 CE et développée dans l'article 9.2 du même corpus normatif) imprègne notre modèle constitutionnel et justifie la création de nouveaux secteurs juridiques (droit du travail, droit de la consommation et des usagers).

Par ailleurs, la notion de droits sociaux n'est pas aussi indiscutée 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

¹ La présente étude, achevée le 23 novembre 2018, est tributaire de « Droits sociaux et droits fondamentaux », in P. BON (dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Paris, Dalloz, 2009, p. 43 et s.

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).

Pour notre part, nous pensons que la spécificité des droits sociaux tient aux conditions dans lesquelles ils sont exercés et à la protection ou à la prestation qu'ils offrent à leur titulaire. Tel que nous l'avons également indiqué à l'époque, cette affirmation ne remet pas en cause le fait que « *la consécration de certains droits spécifiques aux travailleurs – comme la liberté syndicale – a un rapport (évident de surcroît) avec l'État social mais ce droit n'est pas – pour ce qui concerne sa structure – social mais constitue une liberté* », dans la mesure où il ne nécessite aucune action positive de la part des autorités publiques.

Partant de cette conception des droits sociaux, il convient de rappeler que les principales prestations publiques prévues par la Constitution concernent l'éducation (art. 27.1 CE) et la sécurité sociale (art. 41 CE), tout en se référant également à la protection de certains groupes (famille, jeunesse, personnes âgées, handicapés) et des intérêts diffus (environnement). Or, la formulation juridique est très différente dans le cas de l'éducation et des autres normes citées. Dans tous les cas, sauf le premier, nous sommes en présence de principes directeurs de la politique sociale et économique qui, par décision du constituant, « *ne peuvent être invoqués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions des lois qui les développent* » (art. 53.3 CE). Cela suppose que nous ne sommes pas à proprement parler en présence de droits fondamentaux qui peuvent être invoqués par les justiciables *ex constitutione*. Au contraire, le droit à l'éducation (art. 27.1 CE) bénéficie de la protection juridictionnelle ordinaire et des mécanismes extraordinaires prévus par la Constitution (*amparo* ordinaire et *amparo* constitutionnel). Il s'agit donc d'un droit social. Comme nous l'avons également affirmé il y a dix ans et nous le répétons aujourd'hui, il présente le paradoxe de ne pas être un droit subjectif résultant d'une nouvelle conception de l'État social, mais simplement de la conséquence du modèle juridique de l'État constitutionnel. Le droit à l'éducation était, en effet, déjà inscrit dans des textes constitutionnels libéraux et servait alors à inculquer aux mineurs les idéaux révolutionnaires.

Nous avons également constaté que, si l'effectivité de divers droits implique, dans de nombreuses occasions, l'intervention nécessaire du

législateur² et, dans d'autres, celle des pouvoirs publics³, dans un cas précis notre Constitution prévoit qu'une prestation est judiciairement exigible *ex constitutione*⁴. Nous faisons allusion au droit à la justice gratuite. Le Tribunal constitutionnel a souligné que le droit fondamental à un procès équitable, à un procès public sans retard injustifié et à une procédure régulière implique, de façon instrumentale, le droit de se défendre dans le cadre d'un procès avec l'assistance de juristes – avocat et procureur – droits constitutionnellement consacrés par notre loi fondamentale. La dimension sociale de l'État de droit, « *qui implique une action en protection du plus faible ou du plus démuné lorsque se noue un conflit dans lequel la puissance de la partie adverse ferait toujours de lui le perdant, et ce pour parvenir à l'égalité réelle et effective des individus et des groupes, à laquelle l'article 9 de la Constitution renvoie (arrêt STC 123/1992), explique les racines profondes du droit à la justice gratuite pour ceux qui ne disposent pas de moyens économiques suffisants pour supporter les coûts générés par un litige* »⁵ (art. 119 CE).

Bien que notre analyse pourrait se limiter aux droits à l'éducation et à l'accès à la justice gratuite, nous souhaiterions saisir l'occasion qui nous est donnée pour rendre compte d'une demande doctrinale et politique croissante en faveur de la justiciabilité d'autres prestations sociales, telles que celles liées, notamment, à la sécurité sociale. La dernière partie de cette contribution sera consacrée à cette question.

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

A. Quelques remarques préalables

Ainsi que nous le soulignons il y a dix ans, on rappellera que le droit à l'éducation, consacré par l'article 27 de la Constitution, présente une nature

² Nous avons, par exemple, fait allusion aux hypothèses expressément prévues à l'article 16.3 et à l'article 17.3 CE. Mais la nécessité de l'*interpositio legislatoris* est également manifeste en ce qui concerne de nombreux autres droits fondamentaux (voir, par exemple, les articles 21.2 et 22.2 CE). Le législateur est également sollicité au titre des articles 18.4, 20.3 et 24.2 de la section 1 de la Constitution, et par d'autres articles de la section 2 (articles 32.2, 33.2, etc.).

³ Ainsi qu'en témoignent les articles 16.3 (qui inclut un mandat de coopération avec les confessions catholiques) et 27.3 et 8 (imposant certaines obligations aux autorités publiques).

⁴ Ce n'est pas le cas dans les autres hypothèses. Ainsi, par exemple, le Tribunal constitutionnel a souligné que l'obligation de coopération de l'État avec les confessions religieuses n'est pas un droit fondamental des citoyens (arrêt STC 93/1983/5, du 8 novembre).

⁵ Arrêts SSTC 137/1999/4, du 22 juillet et 105/1999/1, du 14 juin ; ordonnance ATC 160/1996/1, du 12 juin.

et une formulation complexes. 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 énoncés consacrent des droits-libertés (par exemple al. 1, 3 et 6), d'autres 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 exemple, la gratuité de l'enseignement de base, al. 3), attribuent en cette matière des compétences aux pouvoirs publics (par ex., al. 8) ou délivrent des mandats au législateur. 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 à la terminologie utilisée par les propos liminaires de l'article 27 de la Constitution. L'utilisation de cette expression ne doit, toutefois, pas nous faire oublier que les dispositions citées possèdent une nature juridique distincte⁶.

De ce 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. Et en cette matière, il convient de souligner que se sont produites des innovations dignes d'intérêt. À l'occasion des travaux présentés il y a dix ans, l'analyse était centrée sur le fait que la dimension sociale du droit à l'éducation s'exprime à travers l'article 27.4 CE, aux termes duquel « *l'enseignement de base est obligatoire et gratuit* ». La récente jurisprudence du Tribunal constitutionnel a, toutefois, jugé que le mandat adressé au législateur par l'article 27.9 CE (« *les pouvoirs publics aideront les centres d'enseignement réunissant les conditions établies par la loi* ») comprend, en réalité, un droit (fondamental ?) des établissements d'enseignement à être conventionnés (ou des parents à demander que certains types d'établissements d'enseignement soient conventionnés), même si cela n'est pas dit en des termes aussi explicites. Notre exposé se centrera sur ces deux aspects du droit à l'éducation, bien que son lien avec l'État social soit plus large⁷.

6 Arrêt STC 86/1985/3, du 10 juillet. F. RUBIO LLORENTE signale que nous sommes en présence d'un droit hybride dans son article « Constitución y educación », in *Constitución y Economía*, Edersa, Madrid, 1977, p. 103. Voir, également, A. J. GÓMEZ MONTORO, « Concepto pluridimensional del derecho a la educación », in *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Madrid, Comunidad de Madrid-OIDEL Europa, 2003, p. 105 et s. On affirme généralement qu'au sein du droit à l'éducation existe un vif débat entre liberté et égalité (*ibid.*, p. 104) ou, comme le préfère J. MARTÍNEZ DE PISÓN : « entre droit et liberté » (in *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 61-62).

7 Ainsi, par exemple, « l'incidence du mandat énoncé à l'article 9.2 CE peut impliquer que ne soit pas considérée comme discriminatoire et constitutionnellement prohibée l'action des pouvoirs publics consistant à avantager certains groupes déterminés, dès lors qu'il s'agit de rendre effectif l'exercice du droit fondamental dont il est question, et de garantir également ainsi la dignité de la personne et le libre développement de sa personnalité (art. 10.1 CE), qui constituent la base de notre système de droits fondamentaux (en ce sens, arrêt STC 207/2013/5 du 5 décembre, en lien avec l'article 16.3 CE) » (arrêt STC 68/2018/4 du 21 juin).

Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de rappeler que, malheureusement, nous ne parvenons toujours pas à instaurer un pacte national en matière éducative. Les lois étatiques en matière d'éducation sont toutes associées à des projets politiques partisans⁸ (et donc limitées dans le temps). Et le ministère de l'Éducation vient de présenter une nouvelle réforme⁹. En outre, et cela est également inquiétant, certaines Communautés autonomes ont fait un usage pervers de leurs compétences en matière d'enseignement afin de privilégier l'usage de leur langue co-officielle au détriment de l'espagnol¹⁰ et/ou de modifier l'histoire pour créer un plus grand sentiment d'identité régionale¹¹, avec la complicité silencieuse de différents gouvernements nationaux¹². Il n'est pas surprenant que le niveau éducatif (primaire¹³ et, par suite, universitaire) ait été affecté négativement par toutes ces circonstances et qu'il existe également un fossé préoccupant entre les différentes communautés autonomes¹⁴, sans qu'il y ait eu, jusqu'ici, d'action concertée des principales forces politiques en vue de remédier à ces carences¹⁵.

- 8** La loi organique 8/1985, du 3 juillet 1985, réglementant le droit à l'éducation (LODE ; arrêt STC 77/1985, du 27 juin), a ainsi été modifiée par la loi organique 9/1995 du 20 novembre 1995 sur la participation, l'évaluation et la gouvernance des centres pédagogiques, 10/1999 du 21 avril, portant modification de la loi organique 8/1985, du 3 juillet, réglementant le droit à l'éducation ; par la loi organique 10/2002, du 23 décembre, sur la qualité de l'éducation ; par la loi organique 1/2004, du 28 décembre, sur les mesures globales de protection contre la violence sexiste et par la loi organique 2/2006, du 3 mai, sur l'éducation. Les lois organiques successives ont été promues par la gauche et la droite parlementaire : loi organique 1/1990 du 3 octobre, relative à l'organisation générale du système éducatif (LOGSE, PSOE) ; loi organique 10/2002, du 23 décembre, sur la qualité de l'éducation (LOCE, PP) ; loi organique 2/2006, du 3 mai, sur l'éducation (LOE, PSOE), modifiée par la loi organique 8/2013 du 9 décembre, pour l'amélioration de la qualité éducative (LOMCE, PP).
- 9** Disponible sur http://stecyl.net/wp-content/uploads/2018/11/Propuestas_modificacion_Ley_de_Educacion_07112018.pdf (consulté le 10 novembre 2018).
- 10** Cette question a déjà été abordée il y a dix ans et sera reprise plus tard.
- 11** Voir, par exemple, ces deux rapports sur certains manuels scolaires : https://www.ames-fps.com/dos_ejemplos_adoctrinamiento_ideologico_libros_sexta_primaria.pdf et https://www.ames-fps.com/mas_ejemplos_adoctrinamiento_ideologico_libros_quinto_sexta_primaria.pdf.
- 12** Le souhait, promu par le gouvernement du *Partido Popular*, qui donna lieu à un mécanisme par lequel l'État assurait l'éducation en castillan refusée par la Communauté autonome et déduisait ensuite le coût des futurs transferts a été déclaré inconstitutionnelle par l'arrêt STC 14/2018 du 20 février car violant manifestement les compétences de la Communauté autonome ; cf. C. OBISPO TRIANA, « Varapalo del TC a la LOMCE en materia de inmersión lingüística », *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018/5, p. 155 et s.
- 13** Sont révélateurs les rapports des années 2000, 2003 et 2006. Tandis que les deux premiers peuvent être consultés sur la page http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_32252351_32235731_39732595_1_1_1_0.html, le troisième est disponible sur la page <http://www.mec.es/mecd/gabipren/documentos/files/informe-espanol-pisa-2006.pdf>.
- 14** A. DE LA FUENTE et R. DOMÉNECH, « El nivel educativo de la población en España y sus regiones: 1960-2011 », in *Investigaciones Regionales*, 34, 2016, p. 73 et s., en particulier, leurs conclusions (p. 91).
- 15** Les controverses entre ces dernières portent sur l'enseignement de cours de religion (volontaires) et leur influence éventuelle, sur l'existence d'une matière qui forme aux valeurs civiques et sur le fait que les autorités éducatives souscrivent des accords éducatifs avec des centres séparant les garçons et les filles.

Le contenu des prestations du droit à l'éducation se concrétise fondamentalement dans les quatrième (« *l'enseignement de base est obligatoire et gratuit* ») et neuvième (« *les pouvoirs publics aident les établissements d'enseignement qui satisfont aux exigences établies par la loi* ») alinéas de l'article 27 CE. Nos propos se centreront, désormais, sur l'examen du droit à obtenir une place dans un établissement d'enseignement (déjà analysé il y a dix ans) puis sur l'étude du nouveau droit fondamental (?) des centres d'enseignement privés à être conventionnés par l'administration de l'éducation, étant entendu que, dans la première partie, nous reprendrons les développements de notre précédente contribution, en ne mettant à jour que les références jurisprudentielles et doctrinales.

B. Le droit à obtenir une place dans un établissement d'enseignement

La Constitution conçoit le droit à l'éducation comme un droit-devoir : le droit à ce que l'élève reçoive un enseignement de base « obligatoire et gratuit » et le devoir de suivre des études. Si l'on se concentre sur ce premier aspect, il importe de souligner que nous sommes en présence d'un droit fondamental¹⁶. Tous sont titulaires actifs de ce droit fondamental (aussi bien les nationaux que les étrangers¹⁷, avec néanmoins quelques nuances s'agissant des étrangers majeurs en situation irrégulière¹⁸). Et le débiteur

16 A. FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR indique qu'a ainsi été dépassé la simple dimension prestataire du droit à l'éducation consacré par les constitutions espagnoles précédentes (*in De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Madrid, Ceura, 1988, p. 17 et 37).

17 A été rejeté, à l'occasion des débats constitutants, un amendement (proposé par S. MUÑOZ, *ibid.*, p. 38) qui prétendait limiter le bénéfice de ce droit aux seuls espagnols.

18 Une évolution importante a eu lieu sur ce point. Le Tribunal constitutionnel avait affirmé que les étrangers mineurs en situation régulière étaient également titulaires du droit fondamental en raison du « *lien sans équivoque entre le droit à l'éducation et la garantie de la dignité humaine* ». En outre, le bénéfice de ce droit ne se limite pas à l'éducation de base et obligatoire, dans la mesure où « *le droit d'accès à l'éducation non obligatoire des étrangers mineurs est une composante du droit à l'éducation dont l'exercice peut être soumis à des exigences de mérite et de capacité mais à aucune autre circonstance telle que la situation administrative du mineur* » (STC 236/2007/8 du 7 novembre). De cette décision, la doctrine en avait déduit que le droit fondamental était applicable à tous les étrangers en situation irrégulière dans notre pays, quel que soit leur âge. Nous avons ainsi défendu dans notre précédente contribution, rappelant à ce titre l'affirmation de J. MARTÍNEZ DE PISÓN, qu'en ce qui concerne les titulaires des droits éducatifs existe aussi bien une prétention à l'universalité qu'à l'égalité (*op. cit.* [n. 6], p. 68).

Le Tribunal constitutionnel a cependant nuancé par la suite cette doctrine, considérant que, si les étrangers majeurs en situation irrégulière sont titulaires du droit fondamental à l'éducation, la législation en matière d'éducation peut leur imposer des conditions différentes en ce qui concerne l'enseignement non obligatoire (STC 155/2015/6 du 9 juillet), qui pourront être soumises à la juridiction constitutionnelle. Le magistrat Xiol Rios a exprimé son désaccord avec cette interprétation dans le cadre de son opinion séparée, à laquelle se sont joints les magistrats Asua Batarrita et Valdés Dal-Ré.

de ce droit est l'État, sans qu'il n'en découle d'obligations pour les tierces personnes¹⁹.

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 déterminé, 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)²⁰. L'article 81.3 LOE dispose que, « *dans le cadre de l'enseignement primaire, l'administration 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* »²¹. 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'éducation²². Ceci étant dit, le juge constitutionnel a, dans le même temps, admis, dans les ordonnances citées en bas de page²³, 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 sévérité.

Pour ce qui est du caractère obligatoire et gratuit de l'enseignement de base, il convient de signaler que cette prescription est mise en œuvre par l'article 88 LOE qui précise que, « *en aucun cas, les établissements d'enseignement*

19 Ainsi, par exemple, un employeur n'est pas obligé de modifier les horaires d'un travailleur pour qu'il puisse se rendre dans une université donnée afin d'obtenir un certain diplôme (STC 129/1989/5 du 17 juillet).

20 A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR affirme que cette problématique est liée aux concepts juridiques indéterminés de possibilité, rationalité et proportionnalité (*op. cit.* [n. 16], p. 41).

21 Art. 82.2 LOE. Sur la scolarisation, v. les articles 84 et s. LOE.

22 Le Tribunal constitutionnel renvoie à l'arrêt de la CrEDH *Campbelle et Cosans* du 25 février 1982, § 39-41, et traite cette question dans son arrêt STC 5/1981 du 13 février et dans ses ordonnances AATC 382/1996 du 18 décembre et 333/1997 du 13 octobre.

23 Dans la première d'entre elles, 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. Bien qu'une telle approche de la question doive être réexaminée en cas de violation des garanties procédurales applicables aux procédures administratives en matière de sanctions, il est évident que les parents ont pu participer à la procédure judiciaire préalable lorsqu'ils ont reçu une réponse motivée à leur demande, de sorte que nous partageons la solution adoptée par le Tribunal.

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 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 »²⁴. Cette gratuité concerne aussi, en vertu de l'article 15-4 LOE, 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 »²⁵, mais doivent se limiter à garantir le service public. 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 économiques²⁶. Il en résulte que certains avis autorisés considèrent, au surplus, que le droit à l'éducation suppose nécessairement une formation de qualité²⁷ et que, une fois garanti l'accès à l'éducation au bénéfice de tous, seule est envisageable une promotion au mérite²⁸.

La portée obligatoire du droit à l'éducation convertit ce droit en un droit-devoir pour ce qui concerne l'éducation de base (composée actuellement par l'éducation primaire et l'éducation secondaire obligatoire)²⁹. 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 question³⁰ et en limitant notre point de vue à un angle strictement

24 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.

25 Arrêt STC 86/1985/4, du 10 juillet.

26 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 ».

27 A. FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, *op. cit.* (n. 16), p. 43.

28 Arrêt du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) du 31 mai 1990, ref. Westlaw 1990\4401.

29 Art. 3.3 de la loi organique 2/2006, du 3 mai, relative à l'éducation et arrêt STC 236/2007 du 7 novembre. L'article 4.2 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 ». Et la loi organique postérieure 8/2013 introduit les mêmes garanties de gratuité et de caractère obligatoire pour les cycles de formation professionnelle basique (art. 3.10 LOE).

30 On peut consulter le résumé très intéressant proposé par A. M. REDONDO GARCÍA, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 27 et s. À propos

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* »³¹. 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'enseignement³². D'autre part, il incombe aux 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 8/1985, du 3 juillet, relative au droit à l'éducation dans sa version issue de la loi organique 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 scolaire³³. Par ailleurs, l'article 13-2 de la loi organique 1/1996, du 15 janvier, 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 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 matières³⁴. Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler

de cette question en droit espagnol, v. également M. F. ALCÓN YUSTAS, « *Acerca del derecho de educación en España. De las Cortes de Cádiz a la Segunda República* », *Parlamento y Constitución*, 9/2005, p. 33-57 et J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *op. cit.* (n. 6), p. 75 et s.

- 31** À ce sujet, l'article 13 du Pacte internationale relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) affirme 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) ; A. M. REDONDO GARCÍA, *op. cit.* (n. 30), p. 53 et s.
- 32** L'article 35.a du décret 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* ».
- 33** Le 1^{er} § de la disposition additionnelle de LODE, sous sa forme fixée par la loi organique 10/1999, du 21 avril, 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'article 25.2.n) de la loi 7/1985 du 2 avril relative aux bases du régime local.
- 34** A. M. REDONDO GARCÍA, *op. cit.* (n. 30), p. 83-84.

à ce sujet l'importante décision du Tribunal constitutionnel 260/1994/2, du 3 octobre, entérinant la constitutionnalité de la décision de l'administration d'imposer, conformément aux dispositions de la loi, la scolarité obligatoire des mineurs. Nous avons également noté que le magistrat Gimeno Sendra, dans le cadre d'une opinion séparée, et le professeur Ana María Redondo García sont en désaccord avec cette décision. Cette dernière estime que l'enseignement à domicile ne viole pas l'article 27.1 CE. Ce qui est certain, c'est qu'au-delà du débat de *lege ferenda* qui peut surgir – et dans lequel nous sommes entrés il y a dix ans – la législation espagnole impose la scolarité obligatoire et le Tribunal constitutionnel estime, dans la décision précitée et plus récemment dans la décision 133/2010/9 du 2 décembre, que cette orientation législative respecte pleinement les droits à l'éducation des parents.

Il est logique qu'il en soit ainsi car, comme nous le rappelions également dans notre précédente contribution, l'article 27.5 CE dispose que « *les pouvoirs publics garantissent le droit de tous à l'éducation, selon un programme général d'enseignement établi avec la participation effective de tous les secteurs intéressés, et la création d'établissements d'enseignement* »³⁵. Les programmes scolaires sont donc établis par l'administration, ils revêtent une portée générale et ne peuvent être méconnus ni par les centres d'enseignement ni par les bénéficiaires du service éducatif. Cette idée a récemment³⁶ été confirmée

35 Les pouvoirs de participation prévus tant au cinquième alinéa qu'au neuvième alinéa de l'article 27 ne seront pas examinés en détail dans le présent document, car ils sont davantage liés à l'État démocratique qu'à l'existence de prestations publiques propres à l'État social. Il suffit de rappeler, en premier lieu, qu'« *il s'agit de deux instances participatives différentes, la première faisant référence à la programmation générale de l'enseignement et la seconde à la gestion interne de chaque centre* ». L'implication des enseignants, des parents et des élèves de tel ou tel établissement d'enseignement n'est pas précisée afin que les pouvoirs publics s'occupent de la programmation générale de l'enseignement (matière à laquelle participent les conseils scolaires étatiques ou territoriaux correspondants) (Tribunal suprême, chambre du contentieux administratif, du 15 mars et 26 avril 1990, réf. Westlaw RJ 1990\2505 et 1990\3566). Dans cette perspective, l'implication des syndicats les plus représentatifs est essentielle (comme confirmé par l'arrêt du Tribunal suprême, chambre du contentieux administratif, du 17 octobre 1997, recours en appel 3427/1990, réf. Westlaw 1997\7778), et qui a servi à confirmer la nullité de la clause contenue à l'article 2.1. du décret 184/1988, du 11 juillet 1988, relatif à la constitution des conseils scolaires territoriaux (LCAT 1988\266) et les règles adoptées par l'autorité administrative sans les avoir soumises au conseil scolaire correspondant peuvent être frappées de nullité. C'est le cas de l'aide économique accordée par l'Assemblée de Galice aux centres privés d'enseignement préscolaire pour l'année scolaire 1990-1991, qui a été annulée parce que l'ordonnance qui la réglementait n'avait pas été soumise à l'examen du Conseil scolaire de Galice (arrêt du Tribunal suprême, chambre du contentieux administratif, du 20 septembre 1993, confirmé dans le recours en appel 6558/1991, réf. Westlaw 1993\6594). Enfin, le Tribunal constitutionnel a rappelé que le Pays basque est compétent pour réglementer « *les associations d'étudiants et de parents d'étudiants* », puisque c'est lui qui doit également s'occuper « *de l'enseignement dans toutes les extensions, niveaux et degrés, modalités et spécialités, sans préjudice de l'art. 27 de la Constitution et des lois organiques qui le développent, des facultés attribuées à l'État par l'article 149.1.30° de la Constitution et de la haute inspection nécessaire à son exécution et à sa garantie* » (art. 10.13 et 16 de l'AEPV) (arrêt STC 173/1998, du 23 juillet).

36 Il y a dix ans déjà, nous avons évoqué l'arrêt rendu en appel par le Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) le 10 juin 1985 (réf. Westlaw 1985\3180) par lequel il a été jugé qu'un

par un arrêt important de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Osmanoglu et Kocabas c./ Suisse*³⁷, dans lequel il est dit que l'obligation pour deux étudiants musulmans mineurs de suivre des cours de natation ne porte pas atteinte à leur liberté religieuse.

C. Le droit de l'école privée à être conventionnée

Il a été souligné que les parents ne peuvent pas imposer le choix d'un type d'établissement scolaire particulier. Cette affirmation est, toutefois, moins claire aujourd'hui après la très discutée jurisprudence issue de la décision 74/2018, du 5 juillet du Tribunal constitutionnel. Il est utile de rappeler, une fois encore, que l'article 27.9 CE dispose que « *les pouvoirs publics aideront les centres d'enseignement réunissant les conditions établies par la loi* ». Malgré un contenu supposant évidemment une prestation, le Tribunal constitutionnel avait pris soin de souligner 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 normatif*³⁸. *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* »³⁹. L'Espagne a, dès l'origine, choisi le modèle des conventions entre administrations publiques et établissements d'enseignement privé, qui satisfait à une série de conditions⁴⁰, sans que cela ne suscite de problèmes particuliers⁴¹.

étudiant en droit n'a pas de prétendue « liberté académique » à passer ses examens avec l'ouvrage de textes juridiques et de jurisprudence qu'il estime approprié. Le Tribunal suprême a alors rappelé que la programmation de l'enseignement, prévue à l'article 27.5 CE, lie « *tous ceux qui reçoivent cet enseignement, parce qu'il a été adopté selon ce que la majorité considère comme étant le plus bénéfique pour la communauté, et doit donc être respecté par tous ceux qui se trouvent dans la même situation, même par ceux qui sont en désaccord avec la décision de la majorité* ».

- 37** Affaire 29086/12. Décision de la troisième section du 10 janvier 2017, disponible, en français, sur <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170346> ; A. VALERO HEREDIA, « Integración social y derecho a la educación », *Revista de Estudios Políticos*, 180, 2018, p. 255 et s.
- 38** Dans le même sens, arrêt du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) 22 décembre 2003, recours en cassation 4648/1998, réf. Westlaw, 2003/1951.
- 39** Arrêts SSTC 86/1985/3, du 10 juillet et 188/2001/5, du 20 septembre.
- 40** L'actuel article 116 LOE a un contenu très proche de celui ayant figuré, en son temps, à l'article 48.3 LODE. D'un point de vue réglementaire, cf. le décret n° 2377/1985 du 18 décembre par lequel est approuvé le règlement fixant les normes de base pour les conventions en matière d'éducation.
- 41** Un examen détaillé a été réalisé par A. FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, *op. cit.* (n. 16), p. 103 et s. D'un point de vue jurisprudentiel, parmi les décisions les plus récentes, figurent les arrêts du Tribunal suprême (chambre du contentieux administratif) du 12 mai 2003, recours en cassation 2248/1999, réf. Westlaw 2003/4735 et du 22 décembre 2003, recours en cassation 4648/1998, réf. Westlaw, 203/9151.

Cependant, l'un des rares sujets qui divisent les forces politiques espagnoles en termes d'éducation, et sur lequel elles sont incapables de parvenir à un accord stable⁴², est le fait de savoir s'il faut souscrire des accords éducatifs avec des centres qui choisissent d'offrir une éducation différenciée aux garçons et aux filles. Le gouvernement socialiste de Rodríguez Zapatero a tenté de mettre fin aux accords éducatifs avec les écoles qui, pour des raisons quelconques (presque toujours liées à une organisation catholique particulière), éduquent les garçons et les filles séparément ou de manière ségréguée (ici les mots comptent). Mais dès que le Parti populaire a accédé au gouvernement, il a essayé de modifier cette question immédiatement⁴³ et a réformé l'article 84.3 de la LOE par la loi organique 8/2013, du 9 décembre⁴⁴. Bien que la constitutionnalité de cette disposition soit, pour le moins, discutable⁴⁵,

42 En fait, le nouveau gouvernement socialiste Sánchez a d'ores et déjà annoncé son intention de revenir sur la question.

43 Par l'article 17.8 de la loi 17/2012, du 27 décembre, sur le budget général de l'État pour 2013, qui, ignorant l'article 84.3 de la loi sur l'éducation en vigueur, prévoit la possibilité de financer des centres à « enseignement différencié » en réglementant le module économique de distribution des fonds publics pour le soutien des centres éducatifs. L'article en question dispose que « *les dispositions du présent article sont pleinement applicables au financement de tous les centres subventionnés, y compris ceux qui dispensent un enseignement différencié et qui scolarisent des élèves d'un seul sexe, et ce quel que soit le modèle de regroupement des élèves effectué par les centres éducatifs dans l'exercice de leurs compétences* ». Sur cette disposition, arrêts SSTS 234/2015, du 5 novembre, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253 et 255, 256, 257 et 258/2015 du 30 novembre, et ordonnance ATC 9/2016 du 19 janvier, qui déclarent irrecevables plusieurs questions d'inconstitutionnalité. Dans le même sens, la disposition transitoire de la loi organique 8/2013 prévoit que « *les écoles privées qui, en 2013, se sont vues refuser le renouvellement de l'accord éducatif ou ont réduit les unités scolaires concertées pour la seule raison d'offrir un enseignement différencié selon le sexe peuvent demander que les dispositions de l'article 84.3 de la présente loi organique leur soient appliquées pour le reste de la période du concert actuel dans les deux mois suivant son entrée en vigueur* ».

44 Deux nouveaux paragraphes ont été ajoutés. Ils disposent que « *L'admission de garçons et de filles ou l'organisation d'un enseignement différencié selon le sexe ne constitue pas une discrimination, à condition que l'enseignement dispensé soit conforme aux dispositions de l'article 2 de la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, approuvée par la Conférence générale de l'UNESCO le 14 décembre 1960* » et que « *En aucun cas le choix d'un enseignement différencié selon le sexe ne peut entraîner un traitement moins favorable ou défavorable pour les familles, les élèves et les établissements concernés lors de la conclusion d'accords avec les autorités éducatives ou à tout autre titre. À cet effet, les centres doivent expliquer dans leur projet éducatif les raisons pédagogiques du choix d'un tel système, ainsi que les mesures académiques qu'ils développent pour favoriser l'égalité* ».

45 La compatibilité de cette réforme législative avec la Constitution est douteuse pour diverses raisons. Premièrement, elle se fonde sur un traité international pré-constitutionnel mais, en même temps, elle ignore un autre traité post-constitutionnel qui vise à « *éliminer tous les stéréotypes sur les rôles masculins et féminins à tous les niveaux et dans toutes les formes d'éducation, en encourageant l'éducation mixte* » (article 10.c de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes). Deuxièmement, si le législateur entend faire une différence de traitement sur le fondement d'un critère suspect, tel que le sexe, il est tenu de le motiver et ici il ne le fait pas (dans le même sens, avis du Conseil d'État 172/2013 du 18 avril et, d'une manière générale, CrEDH, Gr. chambre, *Orsus et autres c./ Croatie*, du 16 mars 2010), c'est pourquoi le principe d'égalité doit être considéré comme ayant été violé (art. 14 CE). Troisièmement, l'article 9.2 CE est également méconnu, car nous nous éloignons de la recherche d'une égalité réelle et effective entre hommes

elle a été validée par l'arrêt STC 31/2018, du 10 avril⁴⁶. Ce qui est grave, comme l'a souligné la vice-présidente Roca Trías, c'est qu'en se fondant sur la prémisse, qu'elle partage, selon laquelle l'enseignement différencié ne peut être considéré comme une présomption de discrimination fondée sur le sexe, « *on pourrait en conclure, comme la décision semble le suggérer, que l'article 27.9 CE crée une obligation constitutionnelle dont il résulte un droit au conventionnement des centres dans lesquels ce modèle d'éducation est dispensé* ». Si tel est le cas, nous serions en présence d'un nouveau droit social au sens strict.

Ce pas a été franchi par l'arrêt STC 74/2018, du 5 juillet. Dans cette décision contestable⁴⁷, le Tribunal, après avoir protégé le droit de l'association des

et femmes. En tout état de cause, il convient de rappeler que le Tribunal constitutionnel lui-même conditionne l'accord en estimant (a) que l'inexistence de ressources publiques pour financer une école privée peut être justifiée (bien que la logique devrait être le contraire : l'accord devrait être justifié compte tenu de l'impossibilité de couvrir la demande éducative avec les écoles publiques) et (b) que l'État peut alors appliquer les critères prévus par l'énoncé de l'article 27.9 CE afin de donner un caractère prioritaire au financement de son action. Il est clair, dans de tels cas, que ces règles doivent respecter les droits et libertés en matière d'éducation et le principe d'égalité.

46 L'éducation différenciée est conçue par le Tribunal constitutionnel comme un « *système purement instrumental et pédagogique, fondé sur l'idée d'optimiser le potentiel de chacun des sexes. C'est ce qui se dégage de l'article 84.3 de la LOE, qui impose aux écoles qui optent pour ce modèle l'obligation d'expliquer les raisons pédagogiques du choix de ce système, ce qui exclut de fait que la mise en œuvre du modèle puisse répondre à d'autres types de motivations qu'éducatives* » (FJ 4). Le Tribunal estime qu'une telle option pédagogique ne viole pas le principe d'égalité, compte tenu des textes internationaux et de la pratique existant dans d'autres pays autour de nous (France, Allemagne, Belgique et États-Unis). Elle considère qu'elle ne discrimine pas les élèves en fonction de leur sexe et qu'en réalité, elle opte pour la liberté académique dans les établissements d'enseignement et pour le respect du droit des parents à choisir l'éducation qu'ils veulent avec leurs enfants. La règle de la loi garantissant l'égalité de traitement des écoles qui séparent les élèves en fonction de leur sexe dans les accords éducatifs n'enfreint pas non plus les articles 14, 9.2 et 27.2 CE. Le Tribunal considère que « *l'enseignement gratuit garanti par la Constitution ne peut se référer exclusivement aux seules écoles publiques, et être refusé à toutes les écoles privées, car cela impliquerait le caractère obligatoire de cet enseignement public, au moins au niveau de base, empêchant la possibilité réelle de choisir une éducation de base dans toute école privée* ». Et, « *étant donné qu'il n'y a pas d'élément qui conduise à imputer à l'éducation différenciée une incapacité structurelle pour la réalisation des objectifs éducatifs constitutionnellement établis, le facteur déterminant sera l'analyse de chaque centre particulier* ». Certains magistrats sont en désaccord avec cette doctrine, comme la vice-présidente Roca Trías et les magistrats Valdés Dal-Ré (opinion séparée à laquelle adhère le juge Conde-Pumpido Tourón), Xiol Ríos et Balaguer Callejón. La décision a été commentée par R. NAVARRO-VALLS, « *Comentario a la STC de 10 de abril 2018 (religión y educación diferenciada)* », *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 47, 2018 et J. FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, « *Educación diferenciada por sexos en régimen de conciertos sostenidos por fondos públicos. Comentario a la STC de 10 de abril de 2018* », *CEFLegal*, 210, 2018, p. 129 et s.

47 Est, par exemple, rejetée l'interprétation de l'article 84.3 de la LOE selon laquelle sont exclus de la convention les centres éducatifs qui séparent les garçons et les filles, alors que cet objectif de la norme était incontestable. Il peut arriver, bien sûr, que la règle soit inconstitutionnelle, mais il est impossible d'affirmer que le refus de conventionner n'a pas de portée juridique lorsque l'intention était évidente. Il n'est pas surprenant que certains magistrats (Valdés Dal-Ré et Balaguer Callejón, d'une part, et Xiol Ríos, d'autre part) aient produit des opinions séparées. La première explique que l'une des erreurs évidentes consiste à interpréter l'article 84.3 de la loi organique sur l'éducation (de 2006) à la lumière de la doctrine constitutionnelle relative à l'article 84.3, dans sa version ultérieure de 2013

parents d'élèves de Torrelvelo « à la liberté éducative (art. 27, premier et troisième alinéas CE), en lien avec la garantie constitutionnelle de la liberté idéologique (art. 16.1 CE) », déclare nulles les diverses décisions administratives et judiciaires et ordonne « la reprise de la procédure administrative du Conseil de l'éducation du gouvernement de Cantabrie en vue du renouvellement du conventionnement du lycée Torrelvelo sans considération de son orientation mono-éducationnelle ». Cette décision contraste ouvertement avec l'idée selon laquelle « l'article 27.9, en tant que mandat donné au législateur, ne contient pas de droit subjectif à une prestation publique »⁴⁸. Il est désormais affirmé que nous sommes en présence d'un droit de configuration légale et que le législateur, qui ne peut « contredire les droits et libertés éducatives présents dans le même article », devra « configurer le système d'aide dans le respect du principe d'égalité » et devra respecter « les orientations constitutionnelles qui régissent les dépenses publiques »⁴⁹.

Il semble, en définitive, que le Tribunal constitutionnel soit allé plus loin qu'il n'aurait dû le faire, en forçant non seulement l'admission du recours d'*amparo*, mais également en y faisant droit. Les conséquences de cette décision sont difficiles à déterminer et susciteront certainement un débat sur deux questions spécifiques : le législateur démocratique est-il habilité, comme le veut le bon sens commun⁵⁰ ou non, à exclure de la convention les écoles qui séparent les garçons et les filles dans les classes ? Et, en ce qui concerne la présente étude, sommes-nous ou non en présence d'un nouveau droit supposant une prestation, introduit par la porte de derrière, là où il n'y avait avant qu'un simple mandat au législateur ?

D. Les bourses d'études

Les aides que les personnes publiques peuvent accorder aux personnes disposant de faibles revenus figurent aussi parmi les prestations relatives à

(dans l'arrêt STC 31/2018), étant évident que le législateur a voulu exclure de l'accord éducatif les centres qui séparaient garçons et filles (décision confirmée, en outre, par le Tribunal suprême et le ministère public). D'autre part, ces magistrats estiment que, si l'enseignement différencié n'est pas lié à la liberté religieuse, cela ne résulte pas de l'article 27.3 CE, mais de l'article 27.6 CE. En résumé, « cette décision restreint excessivement la marge de configuration de l'article 27.9 CE, qui, nous insistons, inclut un mandat, mais ne contient pas de droit subjectif à une prestation publique, et érige encore moins les familles en tant que titulaires d'un tel droit ». Ces magistrats, ainsi que Xiol Ríos, dans son ample opinion séparée, considèrent que la ségrégation sexuelle binaire dans les écoles conventionnées viole l'interdiction constitutionnelle de la discrimination en raison du sexe et de l'identité sexuelle (arrêts SSTC 31/2018, du 10 avril ; 49/2018, du 10 mai ; 53/2018, du 24 mai et 67/2018, du 19 juin).

48 Arrêts SSTC 86/1985/3 et 31/2018/3, du 10 avril.

49 Arrêt STC 86/1985/3. Dans un sens proche, arrêt STC 31/2018/3.

50 Dans le même sens, B. ALÁEZ CORRAL, « Artículo 27 », in P. PÉREZ TREMPES, A. SAÍZ ARNAIZ (dir.) et C. MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución española. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, t. I, p. 610.

l'éducation et présentent une importance pratique évidente. En effet, « *il n'est pas nécessaire de développer une argumentation particulièrement prolixue pour justifier la prestation reconnue par l'article 9.1 j) de la loi 18/1991. Dans un État social de droit (art. 1 CE), qui doit promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu soient réelles et effectives (art. 9.2 CE), ainsi que le libre développement de la personnalité (art. 10.1 CE), et qui reconnaît le droit à l'éducation (art. 27.1 CE), il est évident que les pouvoirs publics⁵¹ doivent prévoir un programme d'aides aux études qui garantit l'accès à l'éducation aux citoyens disposant des plus faibles ressources économiques* »⁵². 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* »⁵³, de telle sorte qu'il est évident que, dans le cadre des articles 1, 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* »⁵⁴.

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 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* »⁵⁵. 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 prise en compte des bourses pour le calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques⁵⁶.

E. Le droit d'accès à l'éducation dans la langue de son choix

Il y a dix ans, nous avons envisagé l'utilisation de la langue dans le cadre du droit à l'éducation. Nous choisissons aujourd'hui de rappeler brièvement la

51 Nous n'entrerons pas dans le détail des questions de compétences qui sont abordées par les décisions du Tribunal constitutionnel 188/2001, du 20 septembre, et 212/2005, du 21 juillet.

52 Arrêt STC 214/1994/8, du 14 juillet.

53 Arrêts SSTC 188/2001/4, du 20 septembre et 212/2005/5, du 21 juillet.

54 Arrêts SSTC 214/1994/8, du 14 juillet et 212/2005/5, du 21 juillet.

55 Arrêt STC 2012/2005/14, du 21 juillet. Ne font pas partie du noyau central du droit, « *les exigences économiques et académiques, ni les systèmes de pondération car ceux-ci, logiquement, sont dotés d'un caractère provisoire en raison de circonstances possiblement changeantes* ».

56 Arrêt STC 214/1994/8, du 14 juillet.

position du Tribunal constitutionnel et certaines considérations propres en la matière, que le lecteur pourra utilement compléter en se référant à notre précédent travail, pour ensuite examiner le seul (nouveau) problème d'ordre social survenu en ce domaine. Le Tribunal constitutionnel a signalé qu'il n'existe pas de droit fondamental des parents à ce que leurs enfants reçoivent une éducation dans la langue de leur choix dans l'établissement d'enseignement public de leur choix⁵⁷. Cette affirmation, qui n'encourt aucun reproche si elle est analysée du point de vue du principe d'égalité et du droit à l'éducation, néglige le fait que pour que l'éducation soit utile et de qualité, il faut qu'elle soit dispensée dans la langue (officielle) de l'élève⁵⁸. C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel a imposé certaines limites à l'administration scolaire⁵⁹ qui témoignent que, pour que l'éducation, entendue comme une prestation, soit efficace, elle doit évidemment être compréhensible pour l'élève.

Pour ces raisons, et ainsi que nous l'avons souligné il y a dix ans, « *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 langue co-officielle (catalane, basque, galicien...) comme matière enseignée, qui peut (et doit) faire partie des plans d'étude des Communautés autonomes concernées* »⁶⁰.

En tout état de cause, il importe maintenant de rappeler que la Généralité de Catalogne s'est traditionnellement refusée à délivrer un enseignement en espagnol aux élèves dont les parents le souhaitaient⁶¹. La trente-huitième disposition additionnelle de la loi organique 2/2006 du 3 mai sur l'éducation,

57 Arrêt STC 195/1989/3, du 27 novembre, dont la position est confirmée dans la décision postérieure 19/1990/3, du 12 février. Sur la normalisation linguistique : arrêts SSTC 137/1986 du 6 novembre (Pays basque) ; 123/1998, du 23 juin (Îles Baléares, et à propos des fils de militaires, 137/1997 du 17 juillet) ; 337/1994, du 23 décembre (Catalogne). Également, arrêt STC 31/2010/24 du 28 juin.

58 Plus généralement, nous avons également affirmé, il y a dix ans, que peut être défendue l'idée selon laquelle les administrés ont, dans notre pays, le droit de s'adresser à l'administration dans la langue officielle de leur choix (art. 3.1 CE) et que celle-ci a l'obligation de leur répondre dans cette même langue.

59 Arrêt STC 337/1994/11, du 23 décembre, que nous analysons plus en détail dans notre précédente contribution.

60 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 officielle sur son territoire au même titre que le castillan* » (arrêts SSTC 137/1986/1 du 6 novembre ; 337/1994/9 du 23 décembre ; 31/2010/14 du 28 juin et 137/2010/6 du 16 décembre). Il est question plutôt de savoir s'il est constitutionnellement possible de l'imposer.

61 Ainsi que l'attestent les journaux de 2008 (« La Generalitat incumple por sistema las sentencias judiciales sobre el castellano », *ABC*, 30 décembre 2008) ; 2011 (« El Tribunal Superior de Justicia da dos meses a Ensenyament para que el castellano sea lengua vehicular en la escuela », *El Periódico*, 2 septembre 2011) et 2015 (« El Supremo obliga a Generalitat catalana a una ensenyanza del 25 % en castellano », *La Vanguardia*, 8 mai 2015) respectivement disponibles : https://www.abc.es/hemeroteca/historico-30-12-2008/abc/Nacional/la-generalitat-incumple-por-sistema-las-sentencias-judiciales-sobre-el-castellano_912153557341.html# ; <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20110902/el-tsjc-da-dos-meses-a-ensenyament-para-que-el-castellano-sea-lengua-vehicular-en-la-escuela-1138281> et <https://www.lavanguardia.com/vida/20150508/54430514444/supremo-obliga-a-generalitat-catalana-a-una-ensenanza-del-25-en-castellano.html>.

incorporée dans la loi organique 8/2013 du 9 décembre, a tenté de remédier à ce manquement par l'introduction d'un nouveau mécanisme permettant aux parents qui ne parviennent pas à voir leurs enfants inscrits dans la langue officielle de leur choix de s'adresser au ministère national de l'Éducation afin que celui-ci s'acquitte des frais d'inscription dans un centre privé et répercute, dans un second temps, ce coût sur l'administration de la Communauté autonome. On observera que nous ne sommes en aucun cas en présence d'un nouveau droit-créance, dans la mesure où c'est simplement la gratuité de l'enseignement scolaire qui trouve ici à fonctionner. Quoi qu'il en soit, le Tribunal constitutionnel a jugé ce mécanisme inconstitutionnel dans sa décision 14/2018/11 du 20 février⁶². Il en a fait de même dans sa décision 30/2018 du 22 mars au sujet du décret régulant les procédures relatives à la reconnaissance de la compensation des coûts de scolarisation prévues par la quatrième section de la trente-huitième disposition additionnelle de la loi organique 2/2006.

III. LE DROIT À L'ASSISTANCE JURIDIQUE GRATUITE

A. Gratuité de la justice, régime législatif et protection juridictionnelle effective

L'article 19 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 place dans la Constitution⁶³, ne contient aucun droit fondamental, le Tribunal constitutionnel a considéré, à juste titre, que 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 dimension supposant une prestation (évidente)⁶⁴. Le Tribunal constitutionnel a, néanmoins, considéré que le

62 Le Tribunal rappelle que « *l'intervention directe de la haute inspection dans la scolarisation des élèves sur le territoire de la Communauté autonome de Catalogne outrepassait clairement sa fonction de constat, de contrôle et de vérification* ». Il considère également que le règlement n'offre pas une sécurité juridique suffisante pour son activation et qu'il n'envisage pas de mécanismes de coopération antérieurs avec l'administration de la Communauté autonome, qui ne dispose que d'une procédure d'audition.

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

64 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 de moyens économiques suffisants pour ester en justice (art. 119 CE) et le droit à la protection juridictionnelle effective (art. 24.1 CE). 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*

législateur bénéficie d'une marge d'appréciation au moment de déterminer ce qu'il faut entendre par « *insuffisance des ressources pour ester en justice* »⁶⁵.

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 6/1985 du 1^{er} juillet, relative au pouvoir judiciaire, dispose que « *la loi organise 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 des ressources pour agir en justice* ». Cette loi est la loi 1/1996 du 10 janvier relative à l'assistance juridique gratuite⁶⁶, 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 titulaires 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

considéré comme supposant une prestation 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 SSTC 117/1998/3 du 2 juin ; 183/2001/2, du 17 septembre ; 180/2003/2 du 13 octobre et 127/2005/3 du 23 mai) 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 contradictoire et d'égalité procédurale permettant à l'organe juridictionnel d'adopter une décision conforme au droit (arrêts SSTC 97/2001/5 du 5 avril et 187/2004/3 du 2 novembre) » (arrêt STC 10/2008/2 du 21 janvier ; dans le même sens, entre autres, arrêts SSTC 117/1998/3 du 2 juin ; 95/2003/3 du 22 mai ; 180/2003/2 du 13 octobre ; 187/2004/3 du 2 novembre ; 127/2005/3 du 23 mai ; 217/2007/2 du 8 octobre ; 118/2014/2-4 du 8 juillet et 128/2014/2-4 du 21 juillet).

65 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...)* » (arrêts SSTC 16/1994 du 20 mars et 95/2003/4 du 22 mai).

66 Le texte a été modifié par les lois 1/2000 du 7 janvier ; 14/2000 du 29 décembre ; 53/2002 du 30 décembre ; 7/2003 du 1^{er} avril ; 16/2005 du 18 juillet ; 13/2009 du 3 novembre ; 42/2015 du 5 octobre ; 2/2017 du 21 juin et 3/2018 du 11 juin et le décret-loi 3/2013 du 22 février.

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 justice⁶⁷. L'insuffisance des ressources, pour ce qui concerne les personnes physiques⁶⁸, 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 reprises⁶⁹, « *aux personnes physiques le contenu indisponible du droit à l'assistance juridique gratuite, de telle sorte que soit compatible avec le droit à la protection juridictionnelle effective la décision du législateur de ne reconnaître le bénéfice de ce droit qu'à certaines personnes morales* »⁷⁰. Cette idée paraît trouver son origine dans la jurisprudence issue de l'arrêt STC 16/1994, du 20 janvier (même si cet arrêt ne prend pas position sur la portée de ce droit à l'égard des personnes morales⁷¹) et, plus spécialement, dans l'arrêt STC 117/1998, du 2 juin. Ce dernier affirme que « *le contenu indisponible de l'article 119 CE 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 116

67 Les travailleurs et les 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. L'assistance juridique gratuite est accordée aux personnes physiques dans le cadre des litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale visés au chapitre VIII de la loi. L'article 2 en confère également le bénéfice, indépendamment de l'existence de voies de recours, aux victimes de la violence de genre, du terrorisme et de la traite des êtres humains, ainsi qu'aux mineurs et aux personnes handicapées victimes de situations d'abus ou de mauvais traitements, ou aux personnes prouvant des séquelles permanentes après un accident, ou aux associations liées aux droits des victimes du terrorisme.

68 Articles 3, 4 et 5 de la loi relative à l'assistance juridique gratuite.

69 « *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* » (arrêts SSTC 117/1998/6 du 2 juin et 217/2007 du 8 octobre).

70 Arrêt STC 95/2003/4 du 22 mai.

71 Nous partageons le point de vue exprimé par le juge P. García Manzano, dans le § 3 de son opinion séparée relative à la décision 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.

Z.P.O.), la Cour constitutionnelle allemande a elle aussi considéré que seules les personnes physiques pouvaient revendiquer le bénéfice constitutionnel du droit à l'assistance juridique gratuite⁷². La possibilité pour les personnes morales de bénéficier d'une assistance juridique gratuite figure à l'alinéa 1^{er} de l'article 119 CE (« *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 commerciale⁷³. En effet, la loi 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 fondations⁷⁴) 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'usagers⁷⁵ et aux associations d'utilité publique qui ont pour objet la promotion et la défense des droits des personnes handicapées⁷⁶. 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, comme dans le cas de l'article 119 de la Constitution, il s'agit d'un droit supposant une prestation 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 et la personne morale pour établir des régimes juridiques différents* »⁷⁷.

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

72 FJ 5 *in fine*.

73 FJ 6.

74 Art. 2.

75 Il existe en droit espagnol « *un choix clair 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 STC 217/2007/4 du 8 octobre). Il faut rappeler que, à partir de la loi 44/2006, du 29 décembre et conformément au droit applicable lors de la rédaction du présent travail (art. 37, d) du décret législatif 1/2007 du 16 novembre 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-autonomique et légalement constituées et enregistrées pourront prétendre au bénéfice du droit à l'assistance juridictionnelle gratuite.

76 Disposition additionnelle seconde.

77 FJ 8 *in fine*.

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 la décision 117/1998 dans laquelle il développe, notamment, cette argumentation pour considérer que le Tribunal constitutionnel aurait dû retenir une autre solution⁷⁸.

Pour ce qui concerne les seules personnes physiques, il est utile de rappeler que, à propos des étrangers, la loi organique 1/1996 accordait un tel droit aux seuls étrangers résidant « légalement » en Espagne. Cette restriction fut déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal constitutionnel dans sa décision 95/2003 du 22 mai⁷⁹. 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* »⁸⁰. Dans la mesure où l'étranger, indépendamment de sa situation légale ou illégale sur le sol espagnol⁸¹, est titulaire du droit à la protection juridictionnelle effective, il doit en aller de même à l'égard du droit à la justice gratuite⁸². Même si cette décision est accompagnée de plusieurs opinions séparées⁸³, nous nous rangeons absolument à

78 Le magistrat relativise aujourd'hui la différence entre la nature physique ou morale de la personne (§ 1), remet en question le critère du passé (et même sa propre utilité, au motif qu'il n'est pas aussi accepté que 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).

79 Cette décision est consécutive à un recours en inconstitutionnalité intenté par le Défenseur du peuple.

80 Arrêt STC 95/2003/4 du 22 mai.

81 Arrêts SSTC 99/1985 du 30 septembre et 115/1987 du 7 juillet.

82 Arrêt STC 95/2003/5 du 22 mai.

83 M. Conde refuse la relation établie entre l'article 119 CE, 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 suppose une prestation, 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 tient compte du 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 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* ».

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 droit⁸⁴, il est intéressant de s'attacher à l'alinéa 3 selon lequel fait partie intégrante du droit 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* ». On peut en déduire 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 152/2000, du 12 juin, 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 92/1996, du 27 mai, renvoyant à une jurisprudence constante, il a rappelé que, « *parmi les faisceaux de garanties qui constituent le droit à un procès juste, figure évidemment 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 STC 47/1987, du 22 avril)* »⁸⁵.

⁸⁴ Fixé par l'article 6 de la loi 1/1996 du 10 janvier, auquel nous renvoyons.

⁸⁵ « *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 CE. 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, ce faisant, 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*

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 partie civile sur cette affaire et de 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 nécessaire⁸⁶, méconnaît de manière indirecte 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* »⁸⁷. Le bénéfice de la justice gratuite peut, par ailleurs, être invoqué en seconde instance si l'intéressé atteste de la survenance de nouvelles circonstances économiques. Le Tribunal a interprété largement l'article 8 LJAC, en considérant que le droit à la justice gratuite trouve également à s'appliquer lorsque la personne concernée a cessé de compter sur l'aide apportée par des amis en première instance⁸⁸. En revanche, ce droit ne trouve pas à s'appliquer dans le domaine disciplinaire pénitentiaire, dans la mesure où nous ne sommes pas en présence d'un procès judiciaire au sens strict (arrêt STC 42/2008/4 du 10 mars).

E. La procédure

La reconnaissance du droit à l'assistance juridique gratuite relève de la Commission pour l'assistance juridique gratuite⁸⁹, organe composé d'un membre du parquet, des doyens des collèges des avocats et des *procuradores*

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 est considéré comme nécessaire (arrêts SSTC 47/1987 du 22 avril ; 216/1988 du 16 novembre ; 188/1991 du 3 octobre ; 208/1992 du 30 novembre et 276/1993 du 20 septembre) » (arrêt STC 215/2002/4 du 25 novembre). Cependant, une personne ne se trouve pas privée de défense lorsqu'il lui est indiqué que dans un procès spécial 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 STC 222/2002 du 25 novembre).

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

87 Arrêt STC 9/2008 du 21 janvier.

88 Arrêt STC 90/2015/4 du 11 mai. Dans un sens similaire, arrêt STC 124/2015/4 du 8 juin.

89 Il y en a plusieurs : une centrale, d'autres au niveau des Communautés autonomes et d'autres au niveau des provinces, prévues aux articles 9 et s. Il convient de se référer à la décision du Tribunal constitutionnel 97/2001 du 5 avril, dans laquelle les différents alinéas des articles 9.1 et 10.1 et de la première disposition additionnelle sont considérés comme n'étant pas applicables en Catalogne au motif qu'ils empiètent sur les compétences de cette dernière.

(ou les membres désignés par eux) et de deux représentants de l'administration dont dépend la commission (l'un d'entre eux étant avocat de l'État). Leurs décisions sont susceptibles d'être contestées par la voie judiciaire et, dans le cadre de l'*amparo*, devant le Tribunal constitutionnel⁹⁰. 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 CE, 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 comparé 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 CE, aux juges et aux tribunaux ou, le cas échéant, aux organes arbitraux dont la nature juridictionnelle est équivalente (arrêt STC 174/1995)* »⁹¹.

F. La suspension et la rectification

Même si l'article 16 de la loi 1/1996 prévoit, dans 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 effective⁹². En ce sens, le Tribunal soutient qu'il est nécessaire d'interpréter la disposition légale dans la perspective de garantir l'accès de tous dans des

⁹⁰ Dans la décision 10/2008 du 21 janvier, le Tribunal constitutionnel a annulé 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 le pétitionnaire n'avait pas fourni les renseignements et documents qui permettaient de connaître sa situation économique alors même qu'il avait indiqué à la commission que ces informations avaient été fournies à l'occasion d'une autre affaire. L'*amparo* 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. Par ailleurs, dans la décision 136/2016/5 du 18 juin, il a été établi que le refus du bénéfice de l'aide juridictionnelle ne peut être justifié au motif d'un usage abusif de ce droit par le requérant, à savoir que « *le nombre de fois où, en vertu du droit à l'aide juridictionnelle, le requérant a fait l'objet d'un litige ou avait l'intention de le faire précédemment, ne peut être invoqué comme motif pour rejeter la protection juridictionnelle demandée par quiconque invoquant un manque de ressources économiques. L'administration est donc instamment tenue d'accorder un tel avantage, qui, conformément à notre jurisprudence, ne peut être refusé que lorsque le requérant ne remplit pas les conditions légalement établies pour son octroi et que cela a été dûment motivé dans la décision de rejet* ».

⁹¹ Arrêt STC 12/1998/4.b du 15 janvier.

⁹² Arrêts SSTC 28/1981, 245/1988, 135/1991, 132/1992, 91/1994, 175/1994, 105/1996/2 du 11 juin ; 71/1999/3 du 26 avril et 189/2006/3 du 19 juin. Ces décisions peuvent compromettre plus spécifiquement le droit d'accès à la justice (si la demande de l'assistance juridique gratuite est présentée pour le premier degré de juridiction) ou le droit d'accès au recours (si la demande est présentée pour contester une décision de justice).

conditions équivalentes à la justice⁹³. Et il ajoute qu'« *il n'est pas possible de ne 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 défendre des citoyens au bénéfice de qui a été reconnu ce droit à l'assistance juridique gratuite* »⁹⁴.

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 fin prématurée du procès en cause. En effet, l'existence d'erreurs diverses dans la présentation de la demande d'assistance juridique gratuite (présentation hors délai⁹⁵ ou devant un organe incompétent⁹⁶) 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 choix⁹⁷.

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 supposant une prestation 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 STC 162/1993 ainsi que la jurisprudence citée)* »⁹⁸, et, plus encore, il est nécessaire que « *les professionnels ainsi désignés offrent une assistance réelle et efficace aux justiciables (ordonnance ATC 158/1996), ainsi que l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme dans ses décisions du*

⁹³ Arrêt STC 219/2003/4 du 15 décembre.

⁹⁴ Arrêt STC 219/2003/6 du 15 décembre. Position réitérée dans l'arrêt STC 141/2011/5 du 26 septembre.

⁹⁵ Arrêts SSTC 33/1990 du 26 février ; 213/2001 du 29 octobre et 130/2003 du 30 juin.

⁹⁶ Arrêt STC 187/2004 du 2 novembre.

⁹⁷ Arrêt STC 187/2004/5 du 2 novembre.

⁹⁸ Arrêt STC 137/1999/4 du 22 juin.

9 octobre 1979 (Airey), 13 mai 1980 (Artico) et 25 avril 1983 (Pakelli) »⁹⁹. Selon cette dernière 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.

IV. EST-IL SOUHAITABLE DE RENFORCER LES DROIS SOCIAUX ?

Dans les premières lignes de cette étude, nous avons noté qu'il n'existe ni droit à la santé ni droit à la sécurité sociale en Espagne. L'article 41 CE se limite à établir que les pouvoirs publics doivent maintenir un système public de sécurité sociale pour tous les citoyens, garantissant une assistance et des prestations sociales suffisantes en cas de besoin, notamment en cas de chômage, éléments qui sont déterminés par le législateur. Et l'article 43.2 CE dispose qu'« *il incombe aux autorités publiques d'organiser et de protéger la santé publique par des mesures préventives et les prestations et services nécessaires. La loi établit les droits et les devoirs de tous à cet égard* ». En tant que principes directeurs, ils ne peuvent être invoqués que dans les termes prévus par les lois qui les mettent en œuvre (art. 53.3 CE).

Dans le sillage de la crise, un certain nombre de mesures ont été adoptées (gel des pensions, hausse des retraites inférieure à l'indice des prix à la consommation, reconfiguration des conditions de bénéficiaire de la carte de santé – avec l'exclusion des étrangers en situation irrégulière et des nationaux à l'étranger –, etc.) et ont provoqué une tension politique claire. Bien que presque toutes ces mesures aient été annulées, totalement ou partiellement, lorsque la situation économique s'est améliorée, certaines associations¹⁰⁰ et certains secteurs de la doctrine¹⁰¹ ont exigé que la Constitution confère une

⁹⁹ Arrêt STC 105/1999/3 du 14 juin.

¹⁰⁰ Amnesty International, Oxfam Intermón et Greenpeace exigent une réforme constitutionnelle afin de garantir que les droits économiques et sociaux aient la même justiciabilité, le même caractère obligatoire et le même caractère exécutoire que les droits fondamentaux, de sorte que leur reconnaissance puisse être revendiquée par les citoyens devant les tribunaux et bénéficier de l'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel (v. <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-partidos-no-concretan-blindaje-constitucional-derechos-sociales-20151119132510.html>).

¹⁰¹ J. PONCE SOLÉ souligne, in « Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho Público español », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017, que les droits sociaux « *peuvent désormais être protégés comme l'est le droit à l'éducation* » (p. 92), soulignant l'interconnexion de tous les droits fondamentaux (p. 93) et établissant les clauses de progressivité et de non-régression et la reconnaissance d'un minimum vital protégé par la Constitution (p. 94). Il suggère également que ces droits peuvent être affectés par les décrets-lois (p. 94). L'auteur conclut en revendiquant la garantie d'une dépense publique suffisante (p. 95), liée

portée autonome à certaines mesures sociales. La mesure la plus demandée est que la Constitution déclare que la révision des pensions tiendra exclusivement compte de l'indice des prix à la consommation (IPC) susmentionné¹⁰².

Est-ce une bonne idée ? Bien que les bonnes intentions poursuivies par les deux parties soient exaltantes, il n'est pas impossible d'imaginer que l'hypothèse de telles réformes puisse être contre-productive. Il ne faut pas oublier que bon nombre de ces nouveaux droits sociaux nécessitent des moyens matériels pour leur mise en œuvre effective, lesquels sont limités et ne peuvent être garantis. Notre Constitution a établi une priorité entre ceux qui doivent en tout état de cause être assurés (en particulier le droit à l'éducation) et ceux qui dépendent de la santé macroéconomique du pays (sécurité sociale, santé, logement, *etc.*).

Garantir la justiciabilité de ces prestations sociales et incorporer, dans le même temps, la clause de non-régression dans notre Constitution, non seulement n'empêchera pas qu'en cas de nouvelle crise économique, telle que celle que nous connaissons depuis 2008, il n'y ait pas de régression des droits sociaux, mais, en outre, affaiblira inévitablement la conception normative de la Constitution que nous nous sommes donnée. C'est pourquoi nous pensons qu'il est préférable qu'il revienne à la politique donnant suite aux revendications sociales légitimes liées à la protection de la santé et de la sécurité sociale. Il convient de rappeler la controverse sociale¹⁰³ qui a surgi avec l'apparition de nouveaux médicaments (Sovaldi et Harvoni) qui ont guéri une maladie auparavant mortelle (hépatite C), et comment l'État espagnol a fini par relever le défi d'éradiquer cette maladie et est sur le point d'y parvenir¹⁰⁴, malgré le volume énorme des ressources nécessaires à cette fin¹⁰⁵. Ce qui s'est passé montre que lorsqu'une demande de prestation sociale recueille un large soutien du corps social, des experts et du politique, l'État y répond de façon prioritaire. Il est vrai que cette attente ne peut être

au minimum de ce qu'exigent les droits sociaux. M. AGUDO ZAMORA, *in* « Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado social. De la ordenación contingente a la organización consciente del bienestar », *Actualidad*, 74, 2016, propose, entre autres choses, d'élever le droit à la santé au rang de droit fondamental, de constitutionnaliser le droit fondamental à un revenu de base, et d'incorporer la clause de non-régression des droits sociaux (p. 45).

- 102** C'est dans ce but qu'a été créé le groupe étatique pour le bouclier des pensions (MERP), une plateforme qui a été imaginée dans le seul but de promouvoir une réforme de la Constitution qui interdit expressément toute mesure réduisant le pouvoir d'achat des pensions ou permettant la privatisation partielle ou totale du système public des pensions.
- 103** Controverse impulsée, entre autres, par la plateforme des personnes touchées par l'hépatite C (aujourd'hui disparue) et concrétisée, entre autres mesures et initiatives, par une plainte pénale contre le ministre de la Santé (v. <https://www.elmundo.es/salud/2015/01/12/54b2e32922601dce4e8b457b.html>).
- 104** https://elpais.com/politica/2018/08/03/actualidad/1533311257_454275.html.
- 105** <https://www.eleconomista.es/sanidad/noticias/8755594/11/17/Espana-cura-a-todos-los-pacientes-de-hepatitis-C-tras-gastar-1800-millones.html>.

assimilée à l'idée d'un droit fondamental, mais il n'en est pas moins vrai que si nous garantissons des droits qui dépassent les ressources financières disponibles, nous ne protégerons pas les prestations sociales, mais relativiserons un peu plus encore leur efficacité.