

L'équilibre des recrutements dans la fonction publique Belge

Francis Delpérée

DANS **REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE** 2006/2 (N^o118), PAGES 307 À 319
ÉDITIONS **INSTITUT NATIONAL DU SERVICE PUBLIC**

ISSN 0152-7401

DOI 10.3917/rfap.118.0307

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2006-2-page-307.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Institut national du service public.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

L'ÉQUILIBRE DES RECRUTEMENTS DANS LA FONCTION PUBLIQUE BELGE

Francis DELPÉRÉE

*Sénateur, professeur de droit à l'Université catholique
de Louvain, Belgique*

La Constitution belge inscrit le deuxième alinéa de son article 10 dans le sillage de la dernière phrase de l'article 6 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen.

Après avoir proclamé que « les belges sont égaux devant la loi », elle établit, en effet, la règle selon laquelle « seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers ».

De cette manière, deux principes constitutionnels, celui de la nationalité et celui de l'égalité, sont clairement mis en évidence. Ils commandent le recrutement, mais aussi l'avancement, des agents publics, à tous les niveaux de pouvoir, depuis la commune jusqu'au sommet de l'État.

Le principe de nationalité s'impose d'emblée. Il est l'une des composantes essentielles de la citoyenneté. « Seuls » les belges — la formule est particulièrement énergique — peuvent exercer des droits politiques, et notamment occuper un emploi public. Il n'y a pas lieu d'avoir égard, à cette occasion, à la manière dont la nationalité belge a été attribuée à une personne ou acquise par elle. En revanche, tous les « non belges » sont d'office exclus des cadres de la fonction publique¹.

Le principe d'égalité veut, pour sa part, que les candidats à un emploi public soient sélectionnés en fonction de critères objectifs — l'âge, la langue, le diplôme, l'expérience... —, étant entendu que l'autorité publique est tenue de recruter les meilleurs candidats ou, en tout cas, ceux que des concours ou des examens auront qualifiés comme tels.

1. Comme le précise la Constitution, des lois particulières peuvent permettre à des étrangers d'occuper des catégories déterminées d'emplois. C'est ainsi que la loi du 22 septembre 1831 autorise le recrutement d'officiers étrangers, celle du 31 décembre 1851 permet l'engagement de personnel dans les consulats de Belgique à l'étranger et la loi du 28 avril 1953 n'empêche pas de faire appel à des professeurs étrangers dans l'enseignement universitaire. Il va de soi que l'article 10, alinéa 2, de la Constitution ne saurait habiliter le législateur à établir la règle selon laquelle tous les emplois publics pourraient être occupés par des personnes qui ne possèdent pas la nationalité belge. L'exception ne saurait être prise pour la règle.

L'article 10, alinéa 2, de la Constitution n'a pas été modifié depuis cent soixante-quinze ans ; il bénéficie néanmoins, sous la forme d'un alinéa 3, d'un ajout récent : « L'égalité des femmes et des hommes est garantie » (*infra*). À ce titre, il jouit d'une évidente pérennité.

Dans ces conditions, on pourrait être enclin à considérer qu'il commande, en toute occasion, le comportement des autorités publiques dans la gestion de leur personnel. Il n'en est rien. Force est de constater que les dispositions inscrites dans l'article constitutionnel sont aujourd'hui contestées en droit et contournées en fait.

Elles le sont à raison de trois évolutions institutionnelles qui marquent en profondeur la vie de la société belge. Il y a lieu d'avoir égard à la fédéralisation de l'État belge, à l'intégration de la Belgique dans l'Union européenne et, plus largement, à l'internationalisation de la vie sociale.

Ces phénomènes enchevêtrés concourent à infléchir l'interprétation qu'on donnait autrefois des textes initiaux. Ils contribuent à instaurer un nouveau principe, inconnu cette fois, de recrutement. C'est moins celui de l'égalité que celui de l'équilibre. Il faudrait peut-être écrire de plusieurs équilibres concomitants, sinon concurrents.

Telle est, en effet, la préoccupation majeure qui prévaut à l'heure actuelle. Il faut assurer un équilibre entre toutes les catégories de candidats à un emploi public ; étant entendu que l'équilibre entre francophones et flamands s'impose par priorité. Mais aussi un équilibre entre belges et étrangers, sinon entre étrangers. Il ne faut pas perdre de vue l'équilibre qui doit être instauré, au vu de la Constitution, entre les hommes les femmes. Parfois même, c'est un équilibre entre tendances idéologiques et philosophiques qui mériterait d'être réalisé au sein des Communautés qui composent la Belgique ².

On ajoutera sans impertinence qu'il convient sans doute d'assurer un équilibre entre ces différents équilibres. La fonction publique belge se situe à la croisée de ces préoccupations.

À ce stade du raisonnement, une certitude s'impose. Pour tenir compte de ces formes multiples de pondération et pour faire droit aux impératifs de clarté et de sécurité juridiques, il y aurait sans doute lieu de procéder, sur des points précis, à une révision de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution. Les formulations qu'énonce cet article semblent dépassées par l'évolution du droit et des réalités politiques et administratives. Au vu de la déclaration de révision du 10 avril 2003, une telle modification est actuellement concevable. Elle devrait le rester ³.

2. L'article 11 de la Constitution impose au législateur de garantir « les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ». L'article 131 prescrit, pour sa part, d'arrêter des mesures, « en vue de prévenir toute discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques ». La loi du 26 juillet 1973, dite loi du pacte culturel, se donne cet objet. Elle établit notamment la règle selon laquelle « le recrutement, la désignation, la nomination et la promotion tant du personnel statutaire et temporaire que du personnel recruté sous contrat (dans les établissements et organismes culturels) doit se faire selon le principe de l'égalité des droits sans discrimination idéologique et philosophique et selon les règles de leur statut respectif, en tenant compte d'une répartition équilibrée des fonctions, attributions et affectations entre les différentes tendances représentatives, d'une présence minimale pour chacune des tendances et en évitant tout monopole ou toute prédominance injustifiée de l'une de ces tendances ». Aux yeux de la Cour d'arbitrage, ce système législatif est inconstitutionnel. Il « met en cause des principes relatifs à la vie privée ainsi qu'à la liberté d'exprimer ou de ne pas exprimer les opinions personnelles » (n° 65/93 du 15 juillet 1993).

3. Le silence persistant du pouvoir constituant s'explique, pour une large part, par la pression politique que fait peser, notamment sur les partis politiques flamands, un mouvement comme le *Vlaams Belang*. Une modification de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution serait considérée comme une nouvelle concession faite aux étrangers, notamment à ceux qui sont originaires d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne.

On s'attache à rappeler ces évolutions et à indiquer ces perspectives de réforme ; en tenant compte, pour l'essentiel, du statut qui est fait à la fonction publique fédérale.

LA FÉDÉRALISATION DE L'ÉTAT

À partir de la révision constitutionnelle du 24 décembre 1970, l'État belge — qui était organisé, depuis l'origine, selon un modèle unitaire — prend en compte des préoccupations de type fédéral. Il devient progressivement un État plurilégislatif⁴.

Il reconnaît désormais à des communautés et à des régions la compétence de régler, par la voie législative, les compétences que la Constitution leur attribue. Avec une variante. Il peut laisser à une loi fédérale, qualifiée pour la circonstance de loi spéciale⁵, le soin de déterminer l'ampleur de ce transfert d'attributions législatives.

Deux conséquences importantes en résultent pour le recrutement des agents publics. L'une se situe au niveau fédéral, l'autre au niveau fédéré. Elles présentent un point commun. Il n'y a pas lieu, en effet, de camoufler sous des propos embellissants les nouvelles réalités administratives. Les régimes juridiques nouvellement établis de part et d'autre portent résolument atteinte au principe de l'égal accès de tous les Belges à tout emploi dans la fonction publique.

L'égalité collective — celle que la Constitution entend instaurer entre les communautés — prend, en tout cas, le pas sur l'égalité individuelle — celle qu'elle entendait faire régner entre les citoyens —. En cas de conflit entre ces deux principes, c'est le premier qui l'emporte sans conteste⁶. Tant le juge constitutionnel que le juge administratif accréditent ces façons de raisonner.

1. — La fonction publique fédérale s'organise selon les règles qu'établissent, dès le 2 août 1963, les lois sur l'emploi des langues en matière administrative. Elles sont coordonnées par un arrêté royal du 18 juillet 1966. Avec le recul du temps, il apparaît que de telles lois préfiguraient l'organisation fédérale de l'État, en tout cas au plan administratif. On ne saurait s'étonner qu'elles restent d'application après 1970.

Quels sont les principes qui commandent la rédaction des lois coordonnées ? Ils peuvent se résumer comme suit.

Il y a lieu, d'abord, de tenir compte du point de vue de l'agent public. Chaque agent est en effet inscrit dans un rôle linguistique, français ou néerlandais. Ce rôle est fonction de la langue dans laquelle il a obtenu le diplôme qui lui permet de présenter les épreuves d'accès à la fonction publique.

Il y a lieu aussi d'avoir égard au point de vue du citoyen. L'article 30 de la Constitution lui permet de s'adresser à l'administration fédérale dans l'une des « langues usitées en Belgique », soit dans l'une des langues officielles de la Belgique : le français, le néerlandais ou l'allemand. Et ceci en quelque coin du territoire et en quelque région linguistique où il se trouverait. Les faits ne sont pas toujours à la hauteur de cette affirmation de principe.

4. Sur l'ensemble de la question, voy. Delpérée (F.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000, p. 305 ; « La complexité fédérale », in Mélanges Pierre Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 117.

5. Une telle loi doit être adoptée à la majorité qualifiée des deux tiers. Elle doit également recueillir une majorité au sein des deux groupes linguistiques de parlementaires constitués au sein des chambres législatives.

6. Telle est la question fondamentale. Le principe général de l'égalité des individus devant la loi est l'un des principes fondateurs de l'État de droit. Ne vaut-il que dans un État unitaire ? Dans l'État fédéral, s'efface-t-il devant la pluralité des ordres juridiques ?

Il y a lieu, enfin, d'être attentif au point de vue de l'administration. Il faut concilier l'unilinguisme des agents et le bilinguisme des services. Pour cette raison, chaque département ministériel, appelé depuis lors « service public fédéral » est pourvu de cadres linguistiques. Ceux-ci réservent aux agents des rôles français et néerlandais une quotité prédéterminée d'emplois ⁷.

Deux conséquences simples en résultent. L'une peut être qualifiée de positive. La fonction publique fédérale est composée d'un ensemble d'agents qui reflètent, dans leur nombre et dans leurs aptitudes linguistiques, la division de la société belge en deux grandes communautés qui se distinguent, pour l'essentiel, par la langue qu'elles utilisent, par la culture qu'elles développent et par les valeurs qu'elles privilégient. De ce point de vue, l'administration fédérale est composée à l'image d'une nation complexe. Qui pourrait s'en plaindre ?

Une autre conséquence est plus négative. Au moment où s'ouvre la vacance d'un emploi, il faut y pourvoir par la désignation d'un agent public. On utilisera, pour ce faire, les techniques du recrutement ou de l'avancement. À cet instant, cependant, il n'y a pas lieu de se demander quelle est la personne la plus compétente ou la plus apte. Il faut vérifier, par priorité, si la nomination qui va intervenir respecte les proportions d'emplois qui sont réservés à chacun des cadres linguistiques ⁸. Pour autant que de besoin, il est précisé que « les promotions ont lieu par cadre » (article 43, paragraphe 5, première phrase).

Dans ces conditions, un fonctionnaire fédéral peut éprouver quelque sentiment de frustration à se voir dépasser, notamment en cours de carrière, par un collègue moins compétent mais qui relève, au moment choisi, de la bonne obédience linguistique ⁹.

Dans un arrêt du 13 janvier 1999 (n° 2/99), la Cour d'arbitrage prend en compte ces observations. Elle considère néanmoins que les dispositions litigieuses ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution (qui consacrent la règle d'égalité des belges devant la loi et, plus précisément la règle d'égal accès aux emplois publics), considérés isolément ou combinés avec les articles 2 et 7, alinéa c, du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La réforme Copernic qui affecte l'administration fédérale à partir de 1999 ¹⁰ et, en particulier, l'arrêté royal du 29 octobre 2001 « relatif à la désignation et à l'exercice des fonctions de management dans les services publics fédéraux et les services publics fédéraux de programmation » n'ont pas été sans conséquence sur la mise en œuvre des dispositions des lois coordonnées.

7. Dans la haute administration, la parité prévaut. En dessous, la proportion est établie, au sein de chaque service, « en tenant compte, à tous les degrés de la hiérarchie, de l'importance que représentent respectivement pour chaque service la région de langue française et la région de langue néerlandaise » (article 43).

8. Selon J. Sarot, « l'arrêt *Goyens*, n° 24.587 du 5 juillet 1984, illustre ce principe. Il considère que, s'il est loisible à l'autorité, en cas de vacances multiples, de pourvoir aux emplois vacants par une seule et même procédure et de décider alors librement à quel cadre linguistique un emploi peut être attribué, elle doit, en cas de nomination à un seul des emplois vacants, l'attribuer au cadre linguistique dont le chiffre d'occupation est le plus éloigné de son effectif légal », Sarot (J.), *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 460.

9. Interrogée le 2 avril 2006, Mme Brigitte Grouwels, secrétaire d'État flamande à la Région bruxelloise, n'hésite pas à déclarer dans cette perspective qu'elle préfère « un fonctionnaire flamand bilingue mais incompetent à un fonctionnaire francophone unilingue et hypercompétent ». Un lecteur de *La Libre Belgique* lui répond, le 5 avril : « Cette dame est tellement ignorante qu'elle n'a pas la moindre conscience que c'est d'elle-même qu'elle parle ». Un autre précise : « Cela s'appelle sous d'autres cieux, la "préférence nationale" ».

10. Gouvernement fédéral, *La voie vers le XXI^e siècle. Déclaration gouvernementale et accord de Gouvernement*, Bruxelles, Services du Premier ministre, 1999. Voy. Sohier (J.), « La fonction publique fédérale face à l'effet Copernic : mythe ou réalité », *Journal des tribunaux*, 2003, p. 221.

Les candidats francophones et néerlandophones concourent, en effet, de manière séparée pour l'obtention de ces hautes fonctions. Ils briguent à ce moment des mandats de six ans ¹¹.

Dans le rapport annuel qu'elle rédige en 2004, la Commission permanente de contrôle linguistique ne peut manquer de s'interroger sur la manière dont les cadres linguistiques sont désormais arrêtés dans les services publics fédéraux. Elle constate que le contrôle spécifique qui lui revient en ce domaine est devenu « aléatoire ». Selon elle, la plupart des services publics fédéraux ne disposent plus, depuis la disparition des ministères, de cadres linguistiques valables.

Certes, les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, et notamment les articles 43 et 43^{ter}, ont été modifiées par les articles 504 et 505 de la loi-programme du 27 décembre 2004. Les pourcentages établis ne valent plus que « pour une durée maximale de six ans ». Mais les mesures d'application n'ont pas été prises dans les différents services publics fédéraux. La régularité des désignations qui sont accomplies dans ces conditions peut prêter à discussion.

2. — La fonction publique communautaire et régionale s'organise, pour sa part, selon les règles qu'établissent, pour une part, la loi spéciale du 8 août 1980, pour une autre part, l'arrêté royal du 22 décembre 2000 et, pour une troisième part, par les arrêtés de portée réglementaire que chaque communauté ou région établit à l'intention des membres de son personnel ¹².

L'article 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles pose, en principe, que « chaque gouvernement (communautaire ou régional) dispose en propre d'une administration, d'institutions et d'un personnel ». Il précise également que ce gouvernement « fixe le cadre du personnel de son administration et procède aux nominations ». Les communautés et les régions sont habilitées, par la même occasion, à fixer par voie réglementaire les dispositions « relatives au statut administratif et pécuniaire de leur personnel définitif, temporaire et auxiliaire ».

Si l'on sait que l'article 129 de la Constitution donne aux communautés française et flamande la faculté de régler « par décret, à l'exclusion du législateur fédéral », l'emploi des langues « pour les matières administratives » — y compris, il faut le présumer, dans les administrations communautaires et régionales qui entrent dans leur aire territoriale de compétences —, on considérera aisément que celles-ci vont fonctionner selon le principe de l'unilinguisme.

L'arrêté royal du 22 décembre 2000, plus communément appelé ARPG (article 33), fixe, pour sa part, les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État qui sont applicables au personnel des services des gouvernements de communauté et

11. Delpérée (F.), « Politique et administration », *Res Publica*, 1973/3, p. 429 ; Van Damme (M.) et Weerts (S.), « Le régime juridique du mandat », in *La réforme de la fonction publique* (dir. Andersen (R.) et Leus (K.)), Bruxelles, La Charte, 2002, pp. 121 sv. ; Renders (D.), « La nomination des grands commis de l'État », *Revue générale de droit*, 2006 (à paraître) : « Si la règle de droit peut largement contribuer à objectiver le recrutement des hauts fonctionnaires, l'éthique de celles et de ceux qui sont appelés à vivre et à faire vivre la règle s'avère tout aussi indispensable en vue d'accroître l'effectivité des standards éthiques minimaux dans l'État ».

12. Selon l'article 107, alinéa 2, de la Constitution, le Roi « nomme aux emplois d'administration générale et de relation extérieure ». Une doctrine et une jurisprudence unanimes en déduit qu'il détient le droit d'en déterminer le statut. Tel est l'objet notamment de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État. La disposition est transposée au niveau des communautés et des régions. Chaque gouvernement fédéré dispose de la fonction réglementaire autonome et établit, par arrêté, le régime juridique du personnel qui est placé sous son autorité, voy. Delpérée (F.) et Depré (S.), *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 126.

de région et des collèges de la commission communautaire commune et de la commission communautaire française (de la Région bruxelloise) ainsi qu'aux personnes morales qui en dépendent¹³.

L'arrêté ne contient pas, cependant, de dispositions relatives à la diversification des recrutements dans la fonction publique¹⁴. Ceci se comprend aisément. L'ARPG ne saurait entrer dans le règlement de questions qui, au vœu de la Constitution, doivent faire l'objet d'une intervention législative. À son tour, il se borne à accréditer l'idée que chaque communauté ou que chaque région va s'adjoindre le concours d'agents qui témoigneront de la connaissance de la langue de la région linguistique dans laquelle ils officieront.

Si ce n'est à Bruxelles¹⁵, la fonction communautaire et régionale se trouve composée d'agents unilingues, qui parlent la langue de la région dans laquelle ils sont occupés ; ni plus ni moins.

L'EUROPÉANISATION DE L'ÉTAT

On l'a rappelé. Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de Constitution, seuls les belges ont un égal accès aux emplois publics. Selon cette disposition, ils se voient, en principe, réserver de tels emplois. Les étrangers, eux, sont, en règle tout aussi générale, exclus de la fonction publique.

La même préoccupation se trouve exprimée dans le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques : « Tout citoyen a le droit et la possibilité sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables [...] d'accéder dans des conditions générales d'égalité aux fonctions publiques de son pays ». Comme l'indique le Pacte, cette disposition ne lui permet pas d'occuper un emploi public dans le pays d'autrui.

La condition de nationalité qui est ainsi rappelée ne se concilie pas, cependant, avec les dispositions de l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne [TCE] (ancien article 48, paragraphe 4, du Traité de Rome). Cet article qui paraissait, dans une première lecture, exclure de son champ d'application les « emplois dans l'administration publique » a fait, depuis lors, l'objet d'interprétations restrictives¹⁶.

Selon l'arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes (*Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*)¹⁷, seul peut, en effet, être réservé à un belge un emploi de souveraineté, c'est-à-dire un emploi « qui comporte une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique

13. Leurquin-de Visscher (V), « L'arrêté royal fixant les principes généraux du droit de la fonction publique : évolutions normatives et jurisprudentielles », in *La réforme de la fonction publique* (cité note 11), p. 33.

14. Dans son article 23, 2°, l'ARPG précise que « perd d'office et sans préavis la qualité d'agent : l'agent qui ne satisfait plus à la condition de nationalité », sous-entendu : pour autant que celle-ci soit requise.

15. La loi du 16 juin 1989 porte diverses réformes institutionnelles. Son chapitre VI est consacré à « l'emploi des langues dans les services du (gouvernement) de la Région de Bruxelles-Capitale. Il est précisé, à l'article 32, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, que « les services centralisés et décentralisés [...] utilisent le français et le néerlandais comme langues administratives ». Il en résulte que « nul ne peut être nommé ou promu à une fonction ou à un emploi » qui relève de ces services « s'il n'a une connaissance du français ou du néerlandais » (alinéa 2). La preuve de cette connaissance est établie par les diplômes ou les certificats qui montrent que le candidat a suivi l'enseignement dans cette langue ; à défaut, la connaissance de la langue doit être prouvée par un examen. Des cadres linguistiques sont également établis sur le modèle valable au niveau fédéral.

16. Sur l'ensemble de la question et sur les divers commentaires qu'appellent le texte du traité et l'arrêt de 1980, voir Delpérée (F.), *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1995, p. 52 sv. et références citées.

17. Affaire 149/79, *Recueil*, p. 3881.

et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques ». Un autre emploi — soit un emploi de gestion — doit, au contraire, être offert aux citoyens de l'Union, sans distinction aucune. Il n'est pas ouvert, par contre, aux étrangers extra-communautaires ¹⁸.

La même règle vaut pour les ressortissants de trois États de l'Espace économique européen (Islande, Norvège et Liechtenstein) qui ne relèvent pas de l'Union européenne ¹⁹.

Une révision de la Constitution pouvait s'imposer aux fins d'établir une meilleure cohérence entre les engagements pris par la Belgique dans l'ordre international et ceux qu'elle a consentis dans l'ordre interne. Depuis plus de vingt-cinq ans, cette révision n'est pas intervenue.

La situation est éminemment regrettable. Elle introduit, en effet, la confusion dans les relations juridiques ainsi que dans la détermination des droits et devoirs du citoyen. Elle permet le développement de pratiques contradictoires et, pour tout dire, inconstitutionnelles.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence donne la priorité au texte de la Constitution sur celui du traité. À défaut de révision constitutionnelle en bonne et due forme, elle considère qu'il y a lieu de faire obstacle à toute modification législative ou réglementaire qui permettrait de concilier les prescriptions du droit communautaire et celles du droit national.

Une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence feint, pour sa part, d'ignorer le texte constitutionnel. Elle donne la préférence au traité tel qu'il a été interprété par la Cour de Luxembourg. Quitte à encourir la censure du juge constitutionnel ou du juge administratif, elle n'hésite pas à s'engager dans des réformes législatives qui s'inscrivent à contre-courant des prescriptions de la Constitution ²⁰.

Cette situation n'est pas satisfaisante. C'est la raison pour laquelle l'article 10, alinéa 2, de la Constitution est désormais ouvert à révision (déclaration du 10 avril 2003) ²¹. Depuis lors, diverses propositions ont été déposées. Le nouveau texte que nous suggérons d'adopter vise à ouvrir l'accès de tous les emplois publics de gestion aux personnes qui ne disposent pas de la nationalité belge — qu'ils soient citoyens de l'Union ou non —. Il réserve, en revanche, aux belges les emplois de souveraineté. Il permet encore le

18. À l'encontre du texte constitutionnel et du texte international, une ordonnance bruxelloise du 11 juillet 2002 entreprend, cependant, d'élargir — il vaudrait mieux écrire : d'abolir — les conditions de nationalité pour l'accès aux emplois de la fonction publique régionale : « Les citoyens revêtus d'une nationalité autre que belge et non ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen sont admissibles dans les services du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et des personnes morales de droit public qui en dépendent, aux emplois civils qui ne comportent pas de participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique ou aux fonctions qui n'ont pas pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités politiques ». Le caractère inconstitutionnel de l'ordonnance est avéré. Mais celle-ci n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage.

19. Il n'est pas besoin de rappeler que l'espace économique européen (EEE) résulte d'un traité d'association qui a été conclu en mai 1992 par les États membres de l'Union européenne (UE) et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE). La Suisse qui faisait partie de cette dernière catégorie a refusé par référendum de procéder à la ratification de ce traité. La libre circulation des personnes figure au nombre des points essentiels de pareil traité (chapitre VIII, articles 20 à 22).

20. Selon la section d'administration du Conseil d'État (décision n° 62.922, 5 novembre 1996, *Orfinger*, *Administration publique trimestrielle*, 1996, p. 139), « l'obligation d'ouvrir aux ressortissants de l'Union européenne les emplois publics » de gestion « existe dans le droit positif applicable en Belgique ». Ceci résulte du Traité de Rome et de l'interprétation que lui a donnée la Cour de justice des Communautés européennes. Cette conclusion est pour le moins excessive. Les discordances entre le droit constitutionnel d'un État membre et le droit communautaire, en ce compris l'interprétation qu'en donne le juge européen, ne peuvent se résorber par l'instauration d'une règle de hiérarchie du droit communautaire par rapport au droit interne.

21. Pour une comparaison des textes des propositions qui sont actuellement déposées sur le bureau du Sénat, voy. le tableau en annexe (composé par Olivier Pierre-Louveaux, collaborateur parlementaire).

recrutement, dans des cas particuliers, de personnes de nationalité étrangère, qu'elles soient citoyennes de l'Union ou non, à ces mêmes emplois publics ; telle est déjà la situation existante ²².

L'OUVERTURE À D'AUTRES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES

Peut-être faut-il ouvrir encore plus largement la réflexion. Si l'intention est de construire une administration à l'image non seulement de l'État mais de la société qu'elle est invitée à servir, deux autres perspectives méritent d'être envisagées. Il y a lieu d'être attentif à la situation des femmes et à celle des étrangers.

1. — La Constitution n'ignore pas la situation juridique des femmes. Dès l'origine, elle se plaît à souligner que « les belges » sont égaux devant la loi et admissibles aux emplois publics. « Les belges » : l'expression est neutre à souhait. Elle embrasse tant les femmes que les hommes. Mais il est vrai que l'exercice des droits politiques ne leur a guère été facilité. Il faudra attendre 1921 pour voir reconnaître le droit de vote des femmes aux élections communales et 1948, le droit de vote aux élections législatives.

Des précisions pouvaient s'avérer utiles. Trois d'entre elles sont apportées le 21 février 2002 ²³.

Un alinéa 3 est, d'abord, ajouté à l'article 10 de la Constitution. Il précise que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie », ce qui n'est qu'une explicitation des dispositions qui étaient déjà inscrites dans l'alinéa 2.

Un article 11 *bis* est, ensuite, introduit dans la Constitution. Il établit la règle selon laquelle la loi fédérale, le décret communautaire ou régional et l'ordonnance bruxelloise « garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et de leurs libertés », ce qui peut, une nouvelle fois, paraître redondant.

Plus important et plus précis, l'article 11 *bis* ajoute, enfin, que les lois fédérales et fédérées « favorisent notamment leur égal accès [celui des femmes et des hommes] aux mandats électifs et publics ». La disposition s'inspire manifestement de celle que la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 inscrit dans l'article 3 de la Constitution française ²⁴. Elle en diffère, cependant, sur un point essentiel. Alors que le texte français fait référence aux mandats électoraux et aux fonctions électives — ce qui situe clairement l'opération dans le cadre de l'organisation des scrutins politiques —, le texte belge vise, de manière plus large et plus indéterminée, les « mandats électifs et publics » que les femmes et les hommes peuvent détenir. Le choix de cette dernière formulation indique à suffisance que le pouvoir constituant ne s'est pas limité à désigner les seules fonctions qui sont obtenues par le biais d'une élection directe ou médiate mais n'a pas hésité à envisager également des « mandats

22. La proposition que nous avons rédigée partage les préoccupations exprimées dans la proposition 3-81/1 — SE 2003 de Mmes De Roeck et Durant. Elle s'efforce de les exprimer de manière plus concise, de mieux établir la corrélation entre le principe d'égalité et celui de l'admissibilité aux emplois publics et de mieux distinguer la situation qui revient aux belges, aux citoyens de l'Union et aux personnes de nationalité étrangère qui sont extérieures à l'Union.

23. Delpérée (F.), « Nouveaux aspects de la citoyenneté », *Bulletin de la Classe des lettres*, 2004, p. 265.

24. Mbongo (P.), « Des quotas à la parité. Variations sur la loi constitutionnelle française du 8 juillet 1999 », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001, p. 319.

publics » au nombre desquels les fonctions administratives de direction peuvent sans doute trouver place ²⁵.

De cette manière, l'article 11 *bis*, alinéa 1^{er}, légitime la pratique de discriminations positives qui seraient établies au profit des femmes dans le processus de recrutement des agents publics.

2. — Qu'en est-il des étrangers ?

Les étrangers extra-communautaires, selon l'expression consacrée, sont admis à voter à l'occasion des élections communales (Constitution, article 8, alinéa 4) ²⁶. Ils le sont au même titre que les nationaux et que les citoyens de l'Union — même si la loi prescrit des modalités particulières à leur égard : ils doivent notamment résider depuis cinq ans en Belgique, ils doivent également s'engager à respecter les principes inscrits dans la Constitution et dans la Convention européenne des droits de l'homme —.

Cette citoyenneté rudimentaire ne leur ouvre-t-elle pas la porte d'autres droits politiques ? Faut-il leur refuser, en particulier l'accès à tout emploi public ? Sur ce terrain aussi, les dispositions constitutionnelles ne mériteraient-elles pas d'être révisées ? Il est significatif de constater que toutes les propositions mentionnées au point II ne font pas de distinction entre les européens et les non européens.

Mais un changement constitutionnel suffit-il ? Une réforme des mentalités et des habitudes ne s'impose-t-elle pas dans la foulée ? Il y a les étrangers. Il y a aussi les belges d'origine étrangère. Ce sont des « allochtones », comme on tend à les appeler ; l'expression a une connotation péjorative manifeste ²⁷. Ont-ils, en fait, le même droit d'accès aux emplois publics que les nationaux dits parfois « de souche » ? À raison de leur origine, de la couleur de leur peau ou de l'orthographe de leur nom, ne sont-ils pas victimes de discrimination au recrutement, y compris dans les administrations publiques ?

La préoccupation d'assurer une protection plus effective aux étrangers et aux « allochtones » est présente dans certains milieux parlementaires. Mme Amina Derbaki Sbaï et M. Philippe Moureaux ont déposé, par exemple, le 19 mai 2005, une résolution visant à pallier le manque de représentativité de diverses minorités de la population dans les administrations et institutions publiques. Ils suggèrent de faire preuve d'une plus grande « équité au niveau de la représentativité proportionnelle de la population dans nos administrations publiques ».

Des efforts sont également accomplis dans les milieux gouvernementaux et administratifs. L'objectif, assure-t-on, est d'assurer « la diversité » au sein des cadres de l'administration ²⁸. La lutte contre les discriminations à l'emploi fait partie des dix chantiers que le gouvernement Verhofstadt s'est donné pour objectif de réaliser avant la fin de législature, soit avant le printemps 2007. En ce sens, le ministre de l'intégration sociale a élaboré un plan d'action qualifié de « diversité ». Il s'articule autour de plusieurs

25. Hachez (I.) et Van Drooghenbroek (S.), « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2002, p. 153 ; Weerts (S.), « La présence obligatoire des femmes parmi les juges de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 37.

26. Delpérée (F.), « Le temps de l'étranger », *Revue générale*, 2003, n° 11, p. 5.

27. À l'opposé sans doute des « autochtones » ou « belges de pure souche ». Mais jusqu'à quelle génération remonter pour attester de cette origine ?

28. La question ne concerne pas uniquement le secteur public. Elle touche aussi le secteur privé. Le ministre fédéral de l'emploi Peter Vanvelthove étudie, pour l'instant, en collaboration avec le Centre pour l'égalité des chances, la possibilité d'introduire un quota à l'embauche en faveur des « allochtones » (*Métro*, 10 janvier 2006). De son côté, la presse du 5 avril annonce que le Roi a reçu les responsables des trois offices régionaux de la formation professionnelle et de l'emploi. Ce fut l'occasion pour le chef de l'État de les interpeller sur « la diversité de l'emploi », (*La Libre Belgique* du 5 avril 2006).

techniques de recrutement. L'une revient à recruter dans la fonction publique sur la base de *curriculum vitae* anonymes. Une autre revient à recourir à des tests de situation — plaçant côte à côte deux candidats d'origine ethnique différente mais de profil professionnel identique —. Des progrès sont d'ores et déjà enregistrés. La proportion d'étrangers dans la fonction publique serait passée de 0,2 à 0,55 % en un an.

Des questions délicates ne peuvent manquer de surgir. Elles sont actuellement débattues au sein de la Conférence interministérielle de l'intégration. Faut-il établir et publier des statistiques de concours, d'examen, d'emplois ou de profils de carrière au départ de critères discriminants ? Faut-il instaurer des quotas dans l'administration publique au départ de ces mêmes critères ? Faut-il réserver un nombre déterminé d'emplois aux candidats issus d'une région ou d'une commune déterminée²⁹ ou encore de « quartiers défavorisés » et délimités selon des critères sociogéographiques³⁰ ? Faut-il avoir recours à des « agents de diversité » pour vérifier la manière dont les politiques arrêtées sont mises en œuvre dans les services publics fédéraux, dans les administrations régionales ou dans les collectivités locales ?

On ne saurait considérer que les mesures prises ou envisagées s'inscrivent, à proprement parler, dans une réflexion fondamentale sur le multiculturalisme, sur l'interculturalité sur la « diversité culturelle » et sur leurs incidences quant à l'aménagement de la fonction publique en Belgique. Au mieux, elles partent d'un postulat simple. L'administration et son personnel doivent refléter la société dans laquelle ils s'insèrent. Elles ne discutent pas ce présupposé qui leur paraît s'imposer au nom des idées de tolérance et de respect du pluralisme. Elles ne se prononcent pas non plus sur les moyens qui permettraient d'atteindre cet objectif.

Comment ne pas relever, cependant, que deux écoles principales de pensée au moins peuvent se développer à ce sujet ?

D'un côté, la fonction publique peut être comprise comme un vaste réservoir dans lequel des hommes et des femmes de toute origine, de toute race et de toute préoccupation vont être recrutées de manière indistincte sous la bannière de l'égalité pour se fondre dans une préoccupation commune qui est celle du service de l'intérêt général, tel qu'il est défini par les autorités publiques.

D'un autre côté, la fonction publique peut être considérée comme un ensemble compartimenté et contingenté dans lequel des hommes et des femmes qui se réclament de diverses obédiences vont occuper des quotités prédéterminées d'emplois en espérant que la conjonction de leurs initiatives et de leurs comportements contribuera, sous la houlette des autorités publiques, à assurer le service de l'intérêt général.

De tels choix ne sont pas encore clairement établis³¹.

*

* *

À l'origine, la fonction publique s'est construite sur un modèle unifié. Celui-ci correspondait vraisemblablement à une société qui l'était tout autant. Les revendications flamandes ne s'étaient pas encore manifestées. Le mouvement féministe n'avait pas encore

29. Mouton (O.), « Bruxelles aux Bruxellois », *Le Soir* des 18-19 mars 2006.

30. Selon une proposition de Rachid Madrane au Parlement bruxellois, 10 % d'agents publics devraient être originaires de tels quartiers.

31. Sur l'ensemble de la problématique, Vertovec (S.) et Wessendorf (S.), *Migration and cultural, religious and linguistic diversity in Europe : an overview of issues and trends*, COMPAS Working Paper 05-18, University of Oxford, 2005, <http://www.compas.ox.ac.uk/publications/wp-05-18.shtml>

fait valoir ses préoccupations. Les institutions communautaires n'avaient pas encore formulé leurs exigences.

Aujourd'hui, la fonction publique s'organise dans une société politique plus complexe. Les transferts d'attribution vers le haut et vers le bas ne la laissent pas indemne. Il y a lieu de procéder à des réaménagements qui tiennent compte de ces évolutions structurelles.

D'autres transformations s'y ajoutent pour rendre compte de la diversité de la société politique et, tout compte fait, de la société tout court. Sont-elles moins légitimes ? Elles requièrent de nouvelles pondérations et des équilibres plus subtils encore.

L'évolution est-elle achevée ? Des discriminations positives ne vont-elles pas se surajouter aux équilibres anciens ? Ne vont-elles pas rendre plus complexes les recrutements à des emplois publics ? Ne vont-elles pas substituer des portraits robots à la technique généralisante et égalitariste du concours ?

À prétexte d'instaurer une fonction publique qui ressemble trait pour trait à la société qu'elle est censée servir, l'État ne va-t-il pas organiser une administration mosaïque dont les agents, recrutés selon des critères de plus en plus détaillés d'appartenance, auraient pour seul objectif de travail d'apporter une réponse aux problèmes de ceux qui leur sont le plus semblables ?

Ce n'est pas un constat mais un vœu. L'administration d'un État moderne doit être celle qui ressemble à la société, qui n'ignore rien de ses diversités, mais qui reste, en toute circonstance, attentive aux préoccupations du plus grand nombre.

ANNEXE

Propositions de révision de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution

	Proposition de Mmes De Roeck et Durant (3 - 81/1)	Proposition de Mme Fatma Pehlivan (3 - 1095/1)	Proposition de Mme Bouarfa et M. Cornil (3 - 1103/1)	Proposition de M. Delpérée (3-1110/1)
Belges	-	-	-	Admissibles aux emplois civils et militaires
	Seuls admissibles	Seuls admissibles	Seuls admissibles	Seuls admissibles
	aux emplois publics	aux emplois	aux emplois civils	aux emplois civils et militaires
	qui comportent une participation directe	qui comportent une participation directe ou indirecte	qui comportent une participation directe ou indirecte	de souveraineté.
	à l'exercice de la puissance publique et des fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	

	Proposition de Mmes De Roeck et Durant (3 - 81/1)	Proposition de Mme Fatma Pehlivan (3 - 1095/1)	Proposition de Mme Bouarfa et M. Cornil (3 - 1103/1)	Proposition de M. Delpérée (3-1110/1)
	de l'État ou d'autres organes publics,	de l'État ou des autres collectivités publiques	de l'État ou d'autres organes publics	(sans distinction)
	dans la mesure où ils impliquent un pouvoir de décision à l'égard des personnes privées et une participation à la gestion de l'État			
Européens	Admissibles	Admissibles	Admissibles	Admissibles
	aux emplois publics	aux emplois	aux emplois civils	aux emplois civils et militaires
	qui ne comportent pas une participation directe	qui ne comportent pas une participation directe ou indirecte	qui ne comportent pas une participation directe ou indirecte	excepté ceux de souveraineté.
	à l'exercice de la puissance publique et des fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	
	de l'État ou d'autres organes publics,	de l'État ou des autres collectivités publiques	de l'État ou d'autres organes publics	(sans distinction)
	dans la mesure où ils impliquent un pouvoir de décision à l'égard des personnes privées et une participation à la gestion de l'État			
	-	-	-	sauf les exceptions qui sont établies par la loi pour des cas particuliers
Non européens	Admissibles	Admissibles	Admissibles	Admissibles
	aux emplois publics	aux emplois	aux emplois civils	aux emplois civils et militaires
	qui ne comportent pas une participation directe	qui ne comportent pas une participation directe ou indirecte	qui ne comportent pas une participation directe ou indirecte	exceptés ceux de souveraineté.

	Proposition de Mmes De Roeck et Durant (3 - 81/1)	Proposition de Mme Fatma Pehlivan (3 - 1095/1)	Proposition de Mme Bouarfa et M. Cornil (3 - 1103/1)	Proposition de M. Delpérée (3-1110/1)
	à l'exercice de la puissance publique et des fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux	
	de l'État ou d'autres organes publics,	de l'État ou des autres collectivités publiques	de l'État ou d'autres organes publics	(sans distinction)
	dans la mesure où ils impliquent un pouvoir de décision à l'égard des personnes privées et une participation à la gestion de l'État			
		-	-	sauf les exceptions qui sont établies par la loi pour des cas particuliers