

IDÉES ET PERSPECTIVES

La protection des droits des minorités et la répartition des compétences dans les États fédéraux. Les expériences belges et canadiennes

par Nicolas BONBLED*

Professeur invité à l'UCL (nicolas.bonbled@uclouvain.be)
Avocat au Barreau de Bruxelles

1. Sous l'expression de «protection des (droits des) minorités», le français tel qu'il se parle en Belgique vise le plus souvent l'ingénierie constitutionnelle censée contribuer au vivre-ensemble de ses habitants et en déminer les conflits politiques les plus polarisés.

Des descriptions exhaustives des aspects institutionnels (représentation garantie dans certaines institutions, droits de veto parlementaires, parité au sein des juridictions suprêmes ...) de la protection des minorités linguistiques — et, dans une moindre mesure, des minorités philosophiques et religieuses — ont été réalisées de longue date et sont régulièrement actualisées¹.

* Le présent article propose une version synthétique et actualisée des principales conclusions de la thèse de doctorat défendue le 5 octobre 2009.

¹ Ce type de protections a beaucoup retenu l'attention de la doctrine belge. Pour un premier aperçu voy. e.a. P. DE BRUYCKER, M. LEROY, J. SOHIER, P. VANDERNACHT et P. VANDERNOOT, «Mécanismes institutionnels et droits individuels dans la protection des minorités de la Belgique fédérale», in N. LEVRAT (dir.), *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 189-230; Y. LEJEUNE et W. PAS, «Le fonctionnement des institutions — De werking van de instellingen», in E. WITTE, A. ALEN, H. DUMONT et R. ERGEC (dir.), *Het statuut van Brussel — Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 473-515; J. CLEMENT et X. DELGRANGE, «La protection des minorités, de bescherming van de minderheden», in *Het statuut van Brussel, Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 545-551; C. DAUBIE, «Les techniques de protection des minorités», XXXII *Ann. Dr.*, 1972/2-3, pp. 207-244; X. DELGRANGE, «Fédéralisme et protection des minorités», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 67-85; J.-C. SCHOLSEM, «Fédéralisme et protection des minorités en Belgique», in *La protection des minorités*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1994; N. LEVRAT, «La protection des minorités dans les systèmes fédéraux», *Rev. trim. dr. h.*, n° 30, 1997, pp. 229-271; M. VERDUSSEN, «Les traits constitutifs de l'État fédéral belge», *R.G.D.*, n° 29, 1998, pp. 61-77; F. JUDO, «De Brusselse Instellingen en de bescherming van de minderheden», in A. ALEN (dir.), *De vijfde Staatshervorming van 2001*, Brugge, die Keure, 2002, p. 250 et s.

De manière plus surprenante au vu de l'importance de la thématique des droits des minorités en droit international des droits de l'homme et dans la littérature contemporaine, peu d'études se sont, par contre, centrées sur la traduction, en termes de droits individuels, des équilibres linguistiques et philosophiques qui fondent la Belgique fédérale ².

Ce constat justifie que l'on s'essaye à déterminer la portée de ces droits. Puisqu'ils ont été maintenus, et parfois approfondis, depuis l'entame du processus de fédéralisation de l'État belge, il convient également, au-delà d'une description statique (leur formulation) et dynamique (leur interprétation) de leur contenu, de s'interroger sur les rapports qu'ils entretiennent avec les règles répartitrices de compétences.

L'analyse gagne également à être appuyée par un regard de droit comparé. Le droit belge est examiné, ici, à l'aune du droit canadien. Ce choix n'a rien d'un hasard. En droit constitutionnel, la Belgique et le Canada peuvent être, sans difficulté, qualifiés d'États fédéraux. En termes plus démographiques, tous deux se composent d'une population dont la diversité linguistique et religieuse n'est plus à démontrer. Et l'on sait le rôle qu'ont pu jouer les questions minoritaires dans l'édification de ces États et leur importance dans les débats politiques contemporains.

L'hypothèse privilégiée suggère que, dans les États étudiés, l'analyse des rapports entre les règles répartitrices de compétences et les droits des minorités peut être envisagée au départ d'une double perspective, correspondant à deux types d'interactions possibles. D'une part, les droits des minorités agissent comme autant de limites substantielles à l'exercice, par les différentes collectivités, des compétences que la Constitution leur attribue. Cette première perspective met donc l'accent sur les droits individuels (I). D'autre part, les droits des minorités représentent également un enjeu du partage des pouvoirs voire, dans certains cas, l'objet même de ce partage. La logique privilégiée est ici celle du fédéralisme et des règles répartitrices de compétences qui lui sont associées (II).

² Dans le cadre de la présente étude, c'est donc à la protection des droits des «minorités culturelles» que l'on s'attache. Sans prétendre évidemment épuiser les controverses qui entourent la question de la définition du concept de «minorité», notamment en droit international et en droit belge, on convient dès lors de viser sous ce terme tout groupe de personnes qui résident sur le territoire d'un État et entretiennent des liens durables avec celui-ci, présentent une identité commune basée sur des caractéristiques culturelles spécifiques — le plus souvent linguistiques ou philosophiques — différant de celles de la majorité, sont suffisamment représentatives, tout en étant moins nombreuses que le reste de la population de cet État ou de l'une de ses collectivités fédérées. Pour une justification des différents éléments constitutifs de cette définition voy. N. BONBLED, *Les droits des minorités et la répartition des compétences dans les États fédéraux — Essai de synthèse au départ des expériences belge et canadienne*, thèse, 2009.

I. — LES DROITS DES MINORITÉS COMME LIMITE À L'EXERCICE DES COMPÉTENCES

2. Le premier cas de figure, où l'on observe les droits des minorités agir comme autant de limites à l'exercice des compétences, est sans doute celui qui vient le plus naturellement à l'esprit. En effet, qu'est-ce qu'un droit individuel, si ce n'est une garantie, un contenu, qui vient restreindre la marge d'appréciation des pouvoirs publics en leur imposant une série d'obligations?

Pour appréhender cette première interaction, une distinction doit être faite, selon nous, entre les limites à l'exercice des compétences dues à la protection des droits universels et celles découlant de la protection de droits spécifiques. Cette distinction présente l'intérêt de faire le départ entre, d'un côté, l'ensemble des droits reconnus à tout individu se trouvant sous la juridiction d'un État, garantis soit par son droit constitutionnel, soit par les conventions internationales qu'il a ratifiées — ce que l'on appelle communément les «droits de l'homme» ou les «droits fondamentaux» — (I.1) et, de l'autre, les droits dont peuvent exclusivement se prévaloir les personnes qui se rattachent à un groupe minoritaire et possèdent les traits culturels qui font la particularité de ce groupe (I.2).

I.1. — Les droits universels des minorités comme limite à l'exercice des compétences

3. Bénéficiant par définition à tout individu sans distinction aucune, les droits «universels» protègent les personnes appartenant à une minorité culturelle, quelle qu'elle soit. Comme n'importe quels autres individus, les membres d'un groupe minoritaire ont le droit à la vie, à la protection contre la torture ou encore au respect de leur vie privée et familiale³. Il

³ Voy. à ce propos la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui inscrit dans le champ de la Convention, et spécialement au cœur de son article 8, les considérations touchant à la liberté de préserver et d'exprimer une culture minoritaire (voy. e.a. O. DE SCHUTTER, «Le droit au mode de vie tsigane devant la Cour européenne des droits de l'homme : droits culturels, droits des minorités, discrimination positive», *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 47-93; F. BENOÎT-ROHMER, «La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 563-586; G. GILBERT, «The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *H.R.Q.*, n° 24, 2002, pp. 736-780; J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme — L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006; N. BONBLED et J. RINGELHEIM, «La traduction des discours éthiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST, *Traduction et droits européens : Enjeux d'une rencontre*, Bruxelles, F.U.S.L., 2009, spéc. pp. 425-429. Le droit au respect de la vie privée et familiale protège la faculté de maintenir une identité culturelle, ainsi qu'un mode de vie traditionnel ou minoritaire (e.a. Cour eur. D.H., *Noack et autres c. Allemagne*, décision du 25 février 2000;

n'en demeure pas moins que certains droits universels retiennent l'attention plus que d'autres, soit en raison de la dimension collective qu'ils recèlent, soit en raison de la sphère d'activité qu'ils protègent.

Certains droits ont, d'abord, pour caractéristique que leur exercice se déroule généralement en commun. Il en va ainsi de la liberté de religion ou de la liberté de réunion ou d'association. Ils peuvent être qualifiés de droits individuels d'exercice collectif. Le fait que, possédant une dimension collective, ces droits soient notamment repris dans le texte de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales témoigne du rôle qu'ils ont à jouer dans la protection des minorités ⁴.

Certains droits intéressent, ensuite, directement les personnes appartenant à des minorités en raison de la sphère particulière des activités humaines qu'ils protègent. On songe à la liberté d'expression et à la liberté de pensée, de conscience et de religion qui, plus que d'autres droits civils et politiques, constituent des éléments nécessaires aux fins de la protection, voire du développement, de l'identité culturelle. Ainsi, la liberté de religion emporte-t-elle en principe l'interdiction de toute mesure ayant pour objet ou pour effet de contraindre ou d'empêcher une personne d'adhérer à une religion ou à en observer les rites, de la forcer à un comportement contraire à ses convictions religieuses ou de lui interdire un comportement prescrit par ces mêmes convictions. Moyennant le respect de normes minimales définies par les autorités publiques — aspects pédagogiques, qualifications professionnelles, ... —, elle inclut aussi le droit de l'individu de créer et gérer des écoles privées, par exemple de type confessionnel, et de faire suivre un enseignement de ce type à ses enfants. S'agissant de la liberté d'expression, il est aujourd'hui bien établi que celle-ci inclut le droit de s'exprimer dans la langue de son choix, à tout le moins dans le cadre des relations «privées». Parmi les droits économiques, sociaux et culturels, on pense principalement aux droits en matière d'enseignement ou en matière culturelle ⁵.

Enfin, le respect et la réalisation de l'ensemble des droits précités peuvent être renforcés par l'interdiction de la discrimination. Tant la liberté de religion que la liberté d'expression peuvent avantageusement être combinées avec le droit à l'égalité et la prohibition de toute forme de discrimination pour remettre en cause d'éventuelles mesures restrictives s'imposant à un ou plusieurs groupe(s) religieux ou linguistique(s). De manière générale, le

Cour eur. D.H. (G.C.), *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001; Cour eur. D.H. (G.C.), *Gorzelik et autres c. Pologne*, arrêt du 17 février 2004).

⁴ Voy. les articles 7 et suivants de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.

⁵ Voy. e.a. les articles 13 et 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

droit à l'égalité et à la non-discrimination constitue un élément essentiel de la protection des minorités ⁶.

Les jurisprudences des hautes juridictions belges et canadiennes confirment que certains droits figurant dans le patrimoine constitutionnel intéressent directement la protection des minorités linguistiques. Des questions différentes peuvent toutefois se poser selon que le droit concerné se retrouve ou non en des termes analogues en droit international. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada associant liberté d'expression et liberté linguistique dans la sphère des relations privées illustre bien la première hypothèse (I.1.1). La liberté d'expression est protégée en des termes comparables dans le contexte du fédéralisme belge, mais elle est dans ce dernier cas supplantée par l'existence d'une clause particulière protégeant la liberté linguistique — l'article 30 de la Constitution —, qui semble offrir un supplément de protection, *a priori* favorable aux minorités linguistiques, mais dont l'interprétation est autrement plus délicate (I.1.2).

I.1.1. La protection des minorités par la liberté d'expression : les solutions canadiennes

4. Au début des années 1980, les protagonistes de ce qui allait rester comme l'affaire *Ford* — des entreprises et commerçants de Montréal et d'autres villes du Québec — affichaient des enseignes faisant figurer leur dénomination commerciale en français et en anglais. Mis en demeure par la Commission de surveillance de la langue française de se conformer à la législation linguistique provinciale, ils s'adressent aux tribunaux devant lesquels ils allèguent l'inconstitutionnalité de certaines de ses dispositions.

La Cour supérieure accueille une partie de leur requête estimant, sur la base de l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec ⁷, que la liberté d'expression inclut celle de s'exprimer dans la langue de son choix et s'applique également à l'expression commerciale. Elle juge, par conséquent, inopérante l'interdiction d'utiliser une autre langue que le français. Exiger l'emploi de celui-ci avec une autre langue serait par contre admissible. La cour d'appel rejette ultérieurement le recours des autorités provinciales, tout en accueillant l'appel incident des intimées qui portait sur l'imposition du français pour la raison sociale des entreprises. L'affaire parvient ensuite à la Cour suprême du Canada qui, rendant ce qui allait deve-

⁶ Voy. e.a. K. HENRARD et l'explication qu'elle en donne (*Devising an Adequate System of Minority Protection : Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, The Hague, Martinus Nijhof, 2000).

⁷ «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association».

nir l'un de ses arrêts les plus célèbres, contribue de manière substantielle à la protection des minorités linguistiques en arrimant leur droit de communiquer librement dans la sphère des relations privées à la liberté d'expression.

5. Deux questions de constitutionnalité se posaient devant la Cour suprême. En premier lieu, celle de l'incompatibilité possible de mesures exigeant que l'affichage public et la publicité commerciale se fassent exclusivement en français⁸ avec la liberté d'expression, telle que garantie par les articles 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés⁹ et 3 de la Charte des droits et libertés du Québec¹⁰. En second lieu, celle de l'existence d'une discrimination fondée sur la langue, expressément prohibée par l'article 10 de la Charte québécoise.

La première question impliquait de statuer sur l'existence d'un droit de s'exprimer dans la langue de son choix, déduit de la liberté d'expression¹¹. Adhérant aux conclusions des juridictions inférieures, la Cour estime que puisque la langue est «si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression», la possibilité de se servir de la langue de son choix conditionne toute véritable liberté d'expression¹². En effet, «[l]e langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la Charte de la langue française (...), c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité»¹³. La liberté d'expression englobe davantage que le contenu de l'expression au sens étroit. S'appuyant sur des considérations de sociologie du langage, elle réfute par conséquent la distinction opérée par cer-

⁸ L'article 58 de la Charte de la langue française prévoyait alors que «[l']affichage public et la publicité commerciale se font uniquement dans la langue officielle. Toutefois, dans les cas et suivant les conditions ou les circonstances prévus par règlement de l'Office de la langue française, l'affichage public et la publicité commerciale peuvent être faits à la fois en français et dans une autre langue ou uniquement dans une autre langue». Quant à l'article 69, il s'enonçait comme suit : «Sous réserve de l'article 68, seule la raison sociale en langue française peut être utilisée au Québec». Le premier a depuis lors été modifié et le second abrogé.

⁹ «Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (...) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication».

¹⁰ «Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles (...) la liberté d'expression (...)».

¹¹ C.S.C., *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, §§39 et s.

¹² Dans un arrêt antérieur rendu en matière de droits linguistiques, la Cour avait déjà mis en exergue «le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société» (C.S.C., *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, §46).

¹³ C.S.C., *Ford c. Québec (Procureur général)*, §40.

tains entre le message et le véhicule par lequel il est transmis, en raison précisément du rapport intime entre langage et sens ¹⁴.

Vient ensuite le contrôle de la justification apportée par la province aux restrictions imposées à la liberté d'expression. La Cour confirme la légitimité de l'objectif poursuivi et l'adéquation des dispositions prises à cette fin. Elle juge qu'«[i]l ressort des [documents et études produits devant la Cour] que la politique linguistique sous-tendant la Charte de la langue française vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. De plus, ces documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le 'visage linguistique'» de la province ¹⁵. Les dispositions critiquées ne peuvent, cependant, pas être qualifiées de proportionnées. En effet, les documents présentés devant la Cour :

«n'établissent pas que l'exigence de l'emploi exclusif du français est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif législatif. (...) Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, sur les affiches et les enseignes serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un 'visage linguistique' français au Québec et serait en conséquence justifié en vertu des Chartes québécoise et canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée» ¹⁶.

La seconde question soumise au contrôle de la Cour portait sur l'existence d'une discrimination fondée sur la langue. La Cour suprême constate que la disposition critiquée «touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle» ¹⁷. Elle juge que cette distinction a «pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de [la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix]» ¹⁸.

6. Les enseignements de ces arrêts seront corroborés quelques années plus tard par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies dans les

¹⁴ *Ibid.*, §42.

¹⁵ *Ibid.*, §73.

¹⁶ *Ibid.* Dans un autre arrêt, rendu le même jour dans l'affaire *Devine*, la Cour constate que d'autres dispositions de la Charte de la langue française et un règlement relatif à l'emploi des langues en matière de commerce encourent la même critique : «une mesure législative imposant l'usage exclusif, par opposition à l'usage prédominant, du français ne peut se justifier» au regard de la liberté d'expression. À l'inverse, il faut dès lors considérer qu'une «exigence relative à l'usage concurrent ou prédominant du français» est admissible (C.S.C., *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, §29).

¹⁷ *Ibid.*, §82.

¹⁸ *Ibid.*

affaires *Ballantyne*¹⁹ et *Singer*²⁰, cette fois sur le fondement du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ces décisions confirment qu'avec le principe d'égalité et le droit au respect de la vie privée, le droit universel de s'exprimer librement constitue l'un des principaux vecteurs de la protection des minorités linguistiques. Elles reconnaissent dans le même temps la légitimité des politiques linguistiques tendant à la protection d'une langue vulnérable. Elles réfutent cependant l'admissibilité des restrictions à la liberté linguistique qui ne répondraient pas à l'exigence de proportionnalité :

«Le Comité ne pense pas qu'il soit nécessaire, pour protéger les francophones en position vulnérable au Canada, d'interdire la publicité en anglais. Cette protection peut être assurée par d'autres moyens qui ne portent pas atteinte à la liberté des commerçants de s'exprimer dans une langue de leur choix. Par exemple, la loi aurait pu exiger que la publicité soit bilingue, français-anglais. S'il est légitime qu'un État choisisse une ou plusieurs langues officielles, il ne l'est pas qu'il supprime, en dehors de la vie publique, la liberté de s'exprimer dans une langue de son choix»²¹.

1.1.2. La protection des minorités par la liberté linguistique : les solutions belges

7. Le droit des personnes appartenant à une minorité linguistique d'employer la langue de leur choix dans la sphère privée²² est souvent ancré dans la liberté d'expression. C'est en tous cas, on vient de l'observer, la voie privilégiée par la Cour suprême du Canada. C'est également l'opi-

¹⁹ Comité D.H., *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, constatations du 31 mars 1993, U.N. Doc. CCPR/C/47/D/385/1989.

²⁰ Comité D.H., *Allan Singer c. Canada*, constatations du 26 juillet 1994, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/455/1991.

²¹ Comité D.H., *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, constatations précitées, §11.4.

²² Les juridictions et la doctrine spécialisée font généralement le départ — même si c'est avec des variantes terminologiques — entre l'usage privé des langues, qui concerne les relations interindividuelles ou «horizontales», et leur emploi officiel ou public censé englober l'ensemble des hypothèses «verticales», celles des relations entre les individus et les pouvoirs publics (J. WOEHLING, «Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé», *R.D. U.S.*, n° 34, 2003-04, p. 123). Pour le premier, la liberté de choix de chacun doit en principe être respectée, tandis que dans le cas du second «l'État peut prescrire une ou plusieurs langues déterminées et interdire les autres» (*ibid.*). Le pouvoir des autorités publiques d'imposer l'emploi exclusif de la langue officielle est en principe souverain. Afin de refléter le fait que les pouvoirs publics s'ingèrent parfois dans le domaine des relations interindividuelles de type «semi-public» (affichage commercial, langue de certains actes privés, ...), on distingue parfois entre trois domaines. L'emploi des langues en matière privée est alors soumis à des régimes différents selon qu'il s'agit d'un «usage privée interne», ressortissant à la vie privée et bénéficiant d'une liberté absolue, ou d'un «usage privé externe», désignant le cas des personnes privées s'adressant au public qui peut être réglementé dans la mesure où la norme adoptée poursuit un objectif légitime (protection du consommateur ou, d'une manière générale, d'une partie faible au contrat, et parfois protection d'une langue menacée) par des moyens proportionnés (*ibid.* Adde : J.-F. AUBERT, «Le cas de la Suisse», in A.-M. LE POURHIEU (dir.), *Langue(s) et Constitution(s)*, Aix-en-Provence-Paris, PUAM-Economica, 2004, pp. 140-143).

nion du Comité des droits de l'Homme, même si l'article 27 du Pacte peut également offrir une protection utile.

Il arrive toutefois que ce droit s'autorise d'une clause constitutionnelle spécifique. Tel est le cas dans la Constitution belge. L'article 30 de la Constitution prévoit ainsi que «[l']emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires»²³. Cette liberté peut être appréhendée comme représentant, d'une part, une conséquence de la liberté individuelle (article 12, alinéa 1^{er}, de la Constitution) et du droit à la vie privée (article 22) et, de l'autre, l'un des aspects de la liberté d'expression (article 19)²⁴.

L'article 30 est donc une disposition spéciale offrant un supplément de protection par rapport aux articles précités qui, en la matière, ne confèrent que des garanties subsidiaires. D'une part, il instaure une liberté quasi-absolue en matière d'emploi des langues dans le cadre des relations privées. D'autre part, il garantit que toute réglementation linguistique, dans le cadre des relations avec les autorités publiques, fasse l'objet d'une norme législative et se limite aux domaines d'intervention tolérés par la Constitution. Ces matières sont énumérées par sa seconde phrase ainsi que par les articles 129 et 130 de la Constitution.

8. La particularité de la protection de la liberté linguistique en Belgique tient donc, notamment, à la définition très large qu'elle retient de la «sphère privée», immunisée contre toute intervention des autorités publiques. En termes constitutionnels, cette sphère est définie de manière négative : y participent tous les domaines non explicitement mentionnés (actes de l'autorité publique, matières judiciaires, matières administratives et enseignement)²⁵. Dès lors, toute personne a le droit d'employer la langue de son choix, notamment pour ce qui concerne les relations quotidiennes ressortissant de

²³ Pour une étude des origines de cette disposition et des évolutions qu'a connues son interprétation, voy. N. BONBLED et S. WEERTS, «La liberté linguistique», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique — Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1097-1147.

²⁴ En ce sens : J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 1876, n° 136; Pand. B., v° *Langue (en général)*, n° 13-14 et 27. Comp. J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurtaal en minderheidsrechten. Het Belgisch model. Een constitutionele zoektocht naar de oorsprong van het territorialiteitsbeginsel en de minderheidsrechten in de bestuurtaalgeregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2003, pp. 788-790, n° 1371-1375. *Adde* : J. CLEMENT, «De taalvrijheid in de Grondwet. Ontwaakt de schone slaapster?», in A. ALEN et S. SOTTIAUX (eds.), *Taaleisen juridisch getoest*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 19.

²⁵ La seule exception constitutionnelle au principe de la liberté linguistique dans la sphère privée, non abordée dans le cadre du présent article, a trait à ce que l'on qualifie généralement d'emploi des langues en matière sociale. Cette restriction est prévue par l'article 129, §1, 3°, de la Constitution. En vertu de cette disposition, les Communautés flamande et française peuvent

la vie privée²⁶ au travers de ses nombreuses facettes (vie familiale, vie culturelle, vie religieuse, relations commerciales, ...), quel que soit le véhicule utilisé (discours, lettre, téléphone, courrier électronique, presse, radio et télévision...) ²⁷ et l'endroit où ce droit est exercé (lieu privé, privé mais accessible au public ou public). Une législation qui viendrait réglementer la ou les langues pouvant figurer sur une enseigne commerciale serait, par exemple, inconstitutionnelle. Font en outre partie de la sphère privée l'ensemble des relations juridiques qui se nouent entre les particuliers, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux — tels que les testaments — ou bilatéraux — tels que les conventions.

On conviendra donc que la Constitution belge garantit la liberté linguistique dans la sphère privée d'une manière pour le moins «originale». ²⁸ Tous les domaines non désignés par le texte constitutionnel comme susceptibles de restrictions relèvent d'une «zone libre» dont la protection bénéficie à toutes les langues usitées ²⁹, et non exclusivement aux langues officielles que sont le français, le néerlandais ou l'allemand.

régler l'emploi des langues pour «les relations sociales entre les employeurs et leur personnel», ainsi que «les actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements». Le législateur fédéral conserve la même compétence sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale et dans la région de langue allemande. Il l'exerce également sur le territoire des communes à statut linguistique spécial situées dans les régions de langue française et néerlandaise (article 129, §2).

²⁶ Pand. B., v° *Langue (en général)*, n° 12 et 29; v° *Langues légalement usitées en Belgique*, n° 9. Dans le même sens, voy. J.-J. THONISSEN, *op. cit.*, n° 136; R. SENELLE, *La Constitution belge commentée*, Bruxelles, Ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et de la Coopération au développement, 1974, p. 53; J. CLEMENT, *op. cit.*, pp. 92-93, n° 164; J. VELAERS, «Le régime linguistique...», *op. cit.*, p. 121; J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les droits fondamentaux garantis par la Constitution au regard des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux», Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par M. David GEERTS, 25 janvier 2007, *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 2867/001, p. 216.

²⁷ J. CLEMENT, *op. cit.*, pp. 787-788, n° 1370.

²⁸ J. CLEMENT, *op. cit.*, p. 92, n° 164.

²⁹ La liberté linguistique énoncée par l'article 30 n'est cependant pas générale, au sens où celui-ci ne protège que l'emploi des langues «usitées en Belgique» (Pand. B., v° *Langue (en général)*, n° 10). Selon la doctrine, il faut entendre par là les langues parlées en fait ou «réellement parlées en Belgique» (J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Les droits fondamentaux...», *op. cit.*, p. 215), soit celles utilisées par une partie de la population (belge ou étrangère) sur le territoire du Royaume (Pand. B., v° *Langues légalement usitées en Belgique*, n° 18-20). Lors de la fondation de l'État, il s'agissait principalement du français et du néerlandais. L'allemand était également parlé dans la partie orientale du Luxembourg et dans certaines communes wallonnes, notamment dans la région de Verviers. S'agissant d'une donnée factuelle, la notion de «langues usitées» doit se voir reconnaître un contenu évolutif (Pand. B., v° *Langues légalement usitées en Belgique*, n° 21). Dès lors que l'article 30 concerne tant l'emploi privé que public des langues, la formule utilisée par celui-ci semble intenable dès lors que l'on sort de la sphère privée. Cet écueil peut cependant être surmonté si l'on accepte, à la suite de J. CLEMENT, d'opérer une distinction selon que la notion de «langues usitées en Belgique» est invoquée dans le cadre de l'emploi privé ou de l'emploi public des langues (J. CLEMENT, *op. cit.*, pp. 750-752, n°s 1275-1281; Id., «De taalvrijheid in de Grondwet...», *op. cit.*, p. 20). Dans la sphère privée, toutes les «langues» ou formes langagières — au sens le plus large du terme : dialectes, langue

À des époques fort différentes, la Cour de cassation ³⁰ et la section de législation du Conseil d'État ³¹ ont confirmé cette interprétation faisant de l'article 30 le siège constitutionnel de la liberté linguistique dans la sphère privée. La Section de législation, réunie en assemblée générale, l'a rappelée en ces termes : cette disposition «ne permet pas au législateur d'adopter des dispositions relatives à l'emploi des langues par les particuliers lorsque ceux-ci s'adressent à d'autres particuliers ou au public en général» ³².

9. L'affirmation selon laquelle l'article 30 protège absolument tout usage des langues qui ne rentre pas dans l'un des domaines limitativement énumérés emporte néanmoins des difficultés pratiques, puisqu'elle interdit toute réglementation linguistique quand bien même celle-ci poursuivrait un objectif légitime, comme la protection de la sécurité et de la santé ou du consommateur. Serait, par exemple, inconstitutionnel le fait d'imposer l'emploi de l'une des langues officielles pour les notices des médicaments ou sur l'emballage des produits alimentaires et de consommation courante.

J. Clement rejette cette interprétation de l'article 30 qu'il qualifie d'«absolutisante» (*verabsolutering*) ³³. Il lui préfère une interprétation qu'il qualifie de «téléologique», en ce qu'elle se concentre sur l'objectif consistant à protéger la liberté linguistique des particuliers. Le raisonnement qui la sous-tend se rapproche de celui généralement déployé en droit international des droits de l'homme pour contrôler l'admissibilité des restrictions aux droits et consistant à évaluer au cas par cas s'il existe ou non une atteinte au droit garanti. La démarche exige donc d'abord de déterminer si la

des signes, ... — peuvent donc être qualifiées de langues «usitées en Belgique». Dans la sphère publique, par contre, la notion de «langues usitées en Belgique» renvoie à la notion de langues officielles telles qu'on les connaît au niveau des régions linguistiques, soit le français, le néerlandais et l'allemand (article 4 de la Constitution).

³⁰ Cass., 8 août 1895, *De Bom, Pas.*, 1895, I, p. 269.

³¹ C.E., avis L.26.023/1 du 30 janvier 1997 : «Uit deze grondwetsbepaling wordt traditioneel als lering getrokken dat er voor het taalgebruik in de betrekkingen tussen particulieren onderling een absolute vrijheid is». *Adde* : C.E., avis du 27 juin 2006, *Doc. parl.*, VI. P., 2005-2006, n° 846/2, pp. 5-10; avis du 9 mars 2004, *Doc. parl.*, VI. P., 2002-2003, n° 1539/2; avis du 10 décembre 2003, *Doc. parl.*, Sén., 2003-2004, n° 3-13/8, p. 3; avis du 5 mai 1992, *Doc. parl.*, VI. P., 1992, n° 60/2. Comp. C.C., arrêt n° 104/2007, 12 juillet 2007, B.9.1; C.C., arrêt n° 101/2008, 10 juillet 2008, B.18.1 : «[L]es dispositions en cause, en imposant au locataire ou au candidat locataire d'une habitation sociale située dans une des communes citées aux articles 7 et 8 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative de démontrer qu'il a la volonté d'apprendre le néerlandais, ne l'obligent nullement à utiliser cette langue, ni dans ses rapports avec les autres particuliers, ni dans ses rapports avec le bailleur de l'habitation sociale. Elles ne portent donc pas atteinte à la liberté d'emploi des langues, telle qu'elle est garantie par l'article 30 de la Constitution».

³² C.E., avis du 3 février 2009, *Doc. parl.*, Ch., 2008-2009, n° 1702-2, p. 4 et n° 1703-2, p. 4.

³³ J. CLEMENT, *op. cit.*, pp. 768-772, n° 1322-1337 et pp. 790-793, n° 1376-1382.

mesure incriminée représente une ingérence dans la liberté linguistique, la liberté d'expression ou le droit à la vie privée ³⁴. Si la réponse est négative, la mesure peut être validée. Si elle est positive, alors il faut encore se demander si elle rentre dans l'un des domaines que le législateur peut régler ³⁵. Certaines mesures imposant l'emploi d'une langue comme celles relatives à l'étiquetage des médicaments ou des aliments ne viseraient pas — ou à tout le moins pas exclusivement — à protéger une langue particulière : elles tendent d'abord à assurer la protection de la sécurité, de la santé publique et du consommateur. En de tels cas, elles ne constitueraient pas une atteinte à la liberté linguistique. À l'inverse, l'interdiction d'utiliser une langue déterminée dans les mêmes circonstances ne pourrait être considérée comme s'autorisant de cet objectif car on aperçoit mal comment la multiplication des langues dans lesquelles sont traduites les indications pourrait nuire au consommateur, bien au contraire ³⁶.

Cette relecture de l'article 30 présente l'avantage incontestable de valider certaines mesures de bon sens — voire imposées par normes internationales ³⁷ — existant dans législation belge ³⁸ et dont la compatibilité avec la lettre de la Constitution reste incertaine. Ainsi, le fait d'imposer aux commerçants l'utilisation exclusive de la ou des langues de la région linguistique pour toute offre de produits ou de services viole-t-il la liberté garantie l'article 30 de la Constitution ³⁹. À l'inverse, ne porterait pas atteinte à cette liberté une disposition imposant la langue à employer pour l'indication de la composition d'un produit ou pour un avertissement relatif au danger du tabagisme sur les paquets de cigarettes ⁴⁰. Pour reprendre les termes de la Section de législation du Conseil d'État : «[c]es prescriptions d'ordre linguistique peuvent être considérées comme un complément à la règle selon laquelle l'information commerciale doit être exempte de toute équivoque. Elles relèvent ainsi des modalités d'une information organisée et (...) impo-

³⁴ *Supra*, n° 7.

³⁵ *Ibid.*, pp. 794-795, n° 1383-1387.

³⁶ *Ibid.*, pp. 768-769 et 790-797; *Id.*, «De taalvrijheid in de Grondwet...», *op. cit.*, pp. 24-26.

³⁷ Voy. e.a. l'article 16 de la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard.

³⁸ Voy. e.a. l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. *Adde* : C.C., arrêt n° 147/2011, 5 octobre 2011.

³⁹ C.E., avis du 27 avril 1978, *Doc. parl.*, Ch., 1977-1978, n° 163/4, p. 3 : «[r]égler l'emploi des langues entre la personne qui offre ces produits ou services et l'acheteur ou le consommateur éventuels ne peut se rattacher à l'une des matières dans lesquelles les articles [30] et [129] de la Constitution permettent d'établir, par dérogation au libre emploi qui est la règle, une réglementation législative ou décrétable».

⁴⁰ Voy. par ex. l'arrêté royal du 29 mai 2002 modifiant l'arrêté royal du 13 août 1990 relatif à la fabrication et à la mise dans le commerce de produits à base de tabac et de produits similaires (*M.B.*, 31 mai 2002).

sée par la loi, et non pas de la réglementation de l'emploi des langues visée à l'article [30] de la Constitution»⁴¹. Par contre, l'exclusion d'une langue en ce domaine ne participe pas de cette obligation d'informer et est, donc, inconstitutionnelle⁴².

La lecture «téléologique» qui autorise des restrictions poursuivant un objectif de sécurité, de santé publique ou de protection du consommateur — voire «d'autres valeurs comparables»⁴³ — présente donc une cohérence interne. Elle souffre cependant de certaines limites, que l'on ne développera pas ici⁴⁴. Elle tend, en tous cas, à amoindrir le supplément de protection offert par l'article 30 par rapport à la protection dont bénéficie généralement la liberté linguistique en droit international ou en droit canadien, comme dérivée de la liberté d'expression. On ne peut, en effet, manquer d'apercevoir que la suite de motifs légitimes de restriction «sécurité publique — santé publique — protection du consommateur» est suffisamment large pour pouvoir englober un très grand nombre de restrictions à la liberté linguistique dans la sphère des relations privées, surtout si l'on y adjoint encore «d'autres valeurs comparables»⁴⁵. Sur ce point, l'interprétation «téléologique» proposée ne diffère nullement de certaines décisions juridictionnelles qui ont dû gommer les aspérités de certains droits consacrés dans le Titre II de la Constitution au nom d'autres droits fondamentaux ou d'intérêts légitimes énoncés dans les dispositions conventionnelles protégeant des droits comparables⁴⁶. Elles n'en aboutissent pas moins à réécrire les droits concernés, confirmant par la même occasion l'effet d'uniformisation des standards internationaux en matière de droits fondamentaux⁴⁷.

1.2. — Les droits spécifiques des minorités comme limite à l'exercice des compétences

10. La très grande variété ou le «particularisme»⁴⁸ des solutions adoptées en matière de protection des minorités par la reconnaissance de droits

⁴¹ C.E., Avis du 27 avril 1978, *Doc. parl.*, Ch., 1977-1978, n° 163/4, p. 2.

⁴² *Ibid.*

⁴³ J. CLEMENT, «De taalvrijheid in de Grondwet...», *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ Voy. N. BONBLED et S. WEERTS, «La liberté linguistique», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, *op. cit.*, spéc. pp. 1122-1124.

⁴⁵ J. CLEMENT, «De taalvrijheid in de Grondwet...», *op. cit.*, p. 20.

⁴⁶ Voy. par ex., à propos du secret des lettres (art. 29 de la Constitution), C.C., arrêt n° 202/2004, B.12.2.

⁴⁷ Sur cet effet d'uniformisation, voy. N. BONBLED et M. VERDUSSEN, «Les droits constitutionnels et le fédéralisme», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, *op. cit.*, pp. 247-268.

⁴⁸ J. WOEHLING, «Les trois dimensions...», *loc. cit.*, p. 129.

spécifiques tranche avec la dimension universelle des protections que l'on vient de décrire.

Par «droits spécifiques», on vise ici les droits individuels dont peuvent se prévaloir les personnes qui se rattachent à un groupe pouvant être qualifié de «minorité» au sens dégagé plus haut ⁴⁹ et présentant un lien direct avec les traits culturels qui font la spécificité de ce groupe. Lorsque l'État fédéral ou l'une de ses collectivités fédérées reconnaît ce type de protections particulières, elles sont façonnées à la lumière du contexte sociopolitique qui a commandé leur constitutionnalisation et des problèmes concrets auxquels elle est censée répondre.

La protection par les droits universels — et spécialement les obligations négatives et positives déduites de la liberté de religion — peut parfois apparaître «suffisante» pour protéger efficacement les minorités religieuses. Ce sera d'autant plus le cas si au respect de ce droit vient s'ajouter, comme au Canada, une obligation pour les autorités publiques d'«accommoder» raisonnablement la diversité religieuse ⁵⁰. Elle ne donne cependant généralement pas droit à l'octroi de subventions pour la mise en place d'écoles «confessionnelles» ⁵¹. À cet égard, le besoin de protections spéciales peut se faire ressentir. Ainsi, se trouve parfois reconnu un droit de créer et de gérer des établissements scolaires ⁵².

Par contraste, le besoin de protections spéciales se fait d'autant plus ressentir s'agissant des minorités linguistiques que le droit international des droits de l'Homme ne s'intéresse que très peu aux questions linguistiques. Ainsi, a-t-on pu reconnaître dans certains ordres juridiques nationaux diverses garanties spéciales, comme la traduction en plusieurs langues des lois et règlements, l'accès à la justice dans la langue officielle de son choix, ou l'enseignement dans une langue minoritaire.

On se limitera ici à formuler quelques constats qui portent respectivement sur la nature asymétrique des clauses constitutionnelles protégeant les droits spécifiques (I.2.1) et les effets de l'interprétation de ces droits sur leur niveau de protection et sur l'exercice de leurs compétences par les collecti-

⁴⁹ *Supra*, note 3.

⁵⁰ Voy. e.a. J. WOEHRLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», 43 *R.D. McGill — McGill L.J.*, 1998, pp. 325-401.

⁵¹ J. WOEHRLING, «Les trois dimensions...», *loc. cit.*, p. 128.

⁵² Tant en Belgique qu'au Canada, le droit de créer et de gérer des établissements scolaires a historiquement été reconnu, puis constitutionnalisé, au profit des grands courants (non-) confessionnels composants la société. Ainsi au Canada, les législatures provinciales ont l'obligation de respecter les droits confessionnels que les catholiques et les protestants se virent reconnaître en 1867 lorsqu'elles légifèrent en matière scolaire (article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867; voy. aussi l'article 29 de la Charte canadienne des droits et libertés). Elles peuvent néanmoins établir «un secteur neutre, un secteur judaïque, musulman ou autre» (G.-A. BEAUDOIN, «La protection constitutionnelle des minorités au Canada», *Rev. b. dr. const.*, 1994, p. 102).

vités politiques concernées (I.2.2), le cadre limité du présent article ne permettant pas d'en faire une présentation détaillée. À cette fin, on s'intéresse plus particulièrement aux droits reconnus dans le domaine des relations entre les citoyens et l'administration et en matière scolaire.

I.2.1. Les droits garantis

11. Une première série d'observations peut être formulée quant à la nature foncièrement asymétrique des techniques de protection des droits spécifiques. Lorsque la constitution garantit de tels droits, leur formulation tient directement compte du partage des compétences législatives et de ses effets possibles sur les groupes minoritaires. Elle prévient certains effets dommageables pour les minorités concernées, en imposant des obligations tant négatives que positives à charge des autorités. Elle tient donc le partage des pouvoirs pour un fait établi et l'intègre directement, avec pour conséquence qu'elle peut présenter des obligations différenciées selon les collectivités fédérées.

12. En droit canadien, les garanties inscrites à l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 reflètent, dès l'origine, cette nature asymétrique de protections dont la sélectivité témoigne des compromis qui ont rendu possible la mise en place de l'État fédéral. Cette clause impose des obligations de bilinguisme en matière parlementaire, législative et judiciaire aux institutions fédérales — protégeant ainsi l'usage du français — d'une part, et à celles du Québec — au bénéfice de la minorité anglophone — de l'autre⁵³. Malgré l'importance des minorités francophones qui y résidaient alors, rien ne fut prévu pour l'Ontario, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Ecosse.

Cette asymétrie se renforça encore lorsque le contenu de l'article 133 fut imposé à d'autres provinces, mais que des statuts juridiques différents lui furent conférés. Tel fut le cas par exemple du Manitoba, où il se retrouva à l'article 23 de son acte constitutif. Largement négligés depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les droits et obligations découlant de cette disposition furent rappelés avec force par la Cour suprême à trois reprises entre 1979 et

⁵³ «Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues. Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues».

1992⁵⁴, avec pour résultat que l'ensemble des lois, des règlements et de la législation déléguée adoptés par la législature provinciale depuis 1890 furent invalidés. Des dispositions comparables furent également imposées à l'Alberta et la Saskatchewan⁵⁵, mais elles étaient dépourvues de tout statut supra-législatif. Les deux provinces les ont cependant abrogées à la fin des années 1980⁵⁶, au vu notamment de l'expérience manitobaine.

13. L'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982 n'a pas démenti le caractère asymétrique de la protection des minorités linguistiques, bien au contraire.

Ses articles 16 à 20 concernent les institutions fédérales, mais également celles du Nouveau-Brunswick⁵⁷. Les articles 16 et 16.1 proclament l'égalité entre les langues officielles au niveau fédéral et de cette province et consacrent le principe de progression vers l'égalité. Les trois autres dispositions règlent respectivement le bilinguisme en matière parlementaire (article 17), législative (article 18) et judiciaire (article 19). Le contenu des articles 16 à 19 ne diffère toutefois pas fondamentalement de celui de l'article 133 précité. L'article 20 porte quant à lui sur le droit de communiquer et de recevoir des services publics dans la langue minoritaire. Il énonce :

«(1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

- a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;
- b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

⁵⁴ C.S.C., *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212. Voy. E. A. SELLERS, «Constitutionally Entrenched Linguistic Minority Rights», 15 *Man. L.J.*, 1985-1986, pp. 257-270; M. BASTARACHE, «Commentaire sur la décision de la Cour suprême du Canada dans le renvoi au sujet des droits linguistiques au Manitoba, jugement rendu le 13 juin 1985», 31 *R.D. McGill — McGill L.J.*, 1985-1986, pp. 93-103.

⁵⁵ En 1877, l'Acte des Territoires du Nord-Ouest (S.C. 1875, c. 49) est modifié pour y inclure un article 110, presque identique à l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et son équivalent manitobain. Constituées toutes deux en provinces en 1905 sur une partie de l'immense étendue que représentaient alors les Territoires du Nord-Ouest, leurs lois fondatrices prévoient le maintien des normes en vigueur sur leur territoire, mais seulement jusqu'à ce qu'elle soit éventuellement modifiées par le législateur compétent Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42, article 16(1); Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3, article 16). Contrairement au Québec et au Manitoba, la protection constitutionnelle de ces dispositions faisait donc défaut. Voy. égal. C.S.C., *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 267; *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

⁵⁶ Loi linguistique, L.S. 1988-89, c. L-6.1 (tel que modifiée par L.S., 2001, ch. 9, article 3(1); Languages Act, R.S.A. 2000, c. L-6, article 2(1)).

⁵⁷ A l'exception de la clause de progression vers l'égalité de statuts et de droits, inscrite à l'article 16(3).

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services»⁵⁸.

Comme dans les articles 16 à 19, son paragraphe (1) concerne les institutions fédérales, et son paragraphe (2) celles du Nouveau-Brunswick, mais ce dernier garantit une protection plus large du droit aux prestations de service publics⁵⁹ dans la langue officielle choisie⁶⁰.

La mise en œuvre du droit reconnu à l'égard des institutions fédérales est elle-même le vecteur d'une protection asymétrique, malgré que celui-ci s'applique sur l'ensemble du territoire. En dehors de certains cas précis liés notamment à la nature des services, son bénéfice est en effet conditionné à l'existence d'une «demande importante»⁶¹.

La formulation du droit à des prestations dans les deux langues officielles dans la province du Nouveau-Brunswick est, par contraste, dénuée de toute condition liée à l'existence d'une demande : on se trouve devant une obli-

⁵⁸ Voy. e.a. N. VAZ et P. FOUCHER, «The Right to Receive Public Services in Either Official Language», in M. BASTARACHE (ed.), *Languages Rights in Canada*, 2nd ed., Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 317

⁵⁹ La notion de «services», en droit constitutionnel canadien, s'entend au sens de «prestation» — l'action de servir et le résultat de celle-ci — dans le contexte de l'article 20 de la Charte et dans celui de la législation fédérale sur les langues officielles. La Partie IV de la Loi sur les langues officielles utilise ainsi les expressions de services «reçus», «fournis» ou «offerts». L'observation pourrait sembler aller de soi, s'agissant du sens le plus commun du terme, mais il n'en est rien. Dans le contexte du droit belge, le lecteur ne doit pas perdre de vue que le mot «service», au sens des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et de l'article 129, §2, de la Constitution, est entendu dans la signification «institutionnelle» d'organe exerçant une activité d'utilité publique sur une portion déterminée de territoire, ce dont témoigne l'épithète qui lui est généralement accolée («local», «régional» ou «central»).

⁶⁰ Si le droit aux prestations de service public dans la langue minoritaire n'est guère constitutionnalisé à l'égard des neuf autres provinces, il ne faudrait cependant pas pour autant en déduire qu'il n'y bénéficie jamais de protections législatives, par exemple en matière de services sociaux et de santé. Voy. e.a., pour le Québec, l'article 2 de la Charte de la langue française et l'article 15 de la loi sur les services de santé et les services sociaux. Pour une application voy. e.a. Cour d'appel du Québec, *Lachine General Hospital Corporation c. Québec (Procureur général)*, [1996] R.J.Q. 2804. En droit ontarien, voy. e.a. l'article 5(1) de la loi sur les services en français ainsi que l'arrêt de la cour d'appel rendu dans l'affaire de l'Hôpital Montfort (*Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001), 56 O.R. (3d) 577).

⁶¹ La Partie I du Règlement sur les langues officielles (Règlement concernant l'emploi de l'une ou l'autre des langues officielles dans les communications avec le public et la prestation de services publics, DORS/92-48) traite de la question de l'identification chiffrée de ce que représente, en droit, une demande importante. Elle entretient des liens étroits avec les outils méthodologiques développés par l'organisme statistique fédéral (*Statistiques Canada* — <http://www.statcan.ca>). Sans rentrer dans les détails, on retient que la population minoritaire est définie par rapport à un espace territorial de référence : la province. Dans ce cadre, elle s'entend de «la population de l'une des langues officielles qui est minoritaire», selon l'estimation statistique, opérée sur base de la méthode décrite ci-dessous, qui résulte «des données du plus récent recensement décennal» (article 3(a)(ii) du règlement précité). Cette définition «par renvoi» présente l'avantage de suivre, dans un délai raisonnable, les évolutions sociodémographiques que connaissent les différentes parties du pays, indépendamment de toute quantification *a priori* du volume de demandes de service formulées dans l'une ou l'autre langue.

gation de bilinguisme complet que la législation provinciale traduit en une série d'obligations positives de réalisation.

14. L'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés ⁶², qui garantit le droit des parents de voir leurs enfants instruits dans la langue minoritaire, est, avec son article 16(3), la seule disposition «linguistique» de celle-ci à s'appliquer à l'égard de l'ensemble des collectivités fédérées.

Au Canada, l'enseignement est une compétence fédérée ⁶³. La reconnaissance, en faveur des minorités linguistiques, de droits plus ou moins étendus en matière d'enseignement est donc, en principe, de la seule compétence des législatures provinciales ⁶⁴. L'autonomie provinciale s'est généralement traduite par la mise en place d'un régime d'unilinguisme officiel dans l'enseignement public. Les législations scolaires provinciales règlent ainsi l'emploi des langues en matière scolaire dans ses différents aspects (connaissances linguistiques du corps enseignant et du personnel administratif, fonctionnement des commissions scolaires, ...).

Le Constituant de 1982 a toutefois inscrit, au cœur de la Charte canadienne des droits et libertés, une clause devant être respectée et mise en œuvre par l'ensemble des autorités concernées : l'article 23. En adoptant cet article, l'intention du Constituant était en effet de garantir «un ensemble uniforme de droits minimums qui, dans les faits, limitent la compétence

⁶² Sur les origines de l'article 23 de la Charte et, plus généralement, sur l'histoire des droits linguistiques en matière d'enseignement, voy. e.a. P. CARIGNAN, «Les Résolutions de Québec et la compétence législative en matière d'éducation», 23 *R.J.T.*, 1989, pp. 1-66; J.-P. PROULX, «Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement», 23 *R.J.T.*, 1989, pp. 67-172; M. POWER et P. FOUCHER, «Language Rights and Education», in G.-A. BEAUDOIN et E. MENDES (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, op. cit., spéc. pp. 1101-1103. Pour une analyse plus sociologique de l'histoire des droits constitutionnels des minorités en matière d'éducation au Canada, voy. A. MARTEL, «Les droits constitutionnels des minorités linguistiques en matière d'éducation sont-ils solides?», 27 *Ottawa L. Rev.* — *R.D. Ottawa*, 1995, pp. 59-97.

⁶³ Art. 93 de la Loi constitutionnelle de 1867. Sur cet article et la compétence en matière d'«éducation» en général, voy. G.-A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, pp. 627-655. Sur les origines de cette dévolution, voy. P. CARIGNAN, «Les Résolutions de Québec et la compétence législative en matière d'éducation», 23 *R.J.T.*, 1989, pp. 1-66. Dans un vocabulaire plus imagé G.-A. BEAUDOIN écrit que «[l]e Canada étant une fédération hétérogène, les trente-trois Pères de la fédération ont décidé de faire de l'éducation une chasse gardée des provinces (...)» («La protection constitutionnelle des minorités au Canada», *Rev. b. dr. const.*, 1994, pp. 97-121. Les Territoires disposent d'une compétence identique en vertu de leur loi constitutive. Voy. Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, c. 28, article 23(1)(m); Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.R.C. 1985, c. N-27, article 16(n); Loi sur le Yukon, L.C. 2002, c. 7, article 18(1)(o).

⁶⁴ La compétence provinciale en matière d'enseignement n'est toutefois pas absolue. La collectivité fédérale est parfois amenée à en régler certains aspects en lien avec sa compétence à l'égard des autochtones (article 91(24)) ou celle en matière de défense (article 91(7)). Voy. e.a. les articles 114 à 122 de la Loi sur les Indiens (L.R.C. 1985, c. I-5); article 47 de la Loi sur la Défense nationale (L.R.C. 1985, c. N-5).

provinciale en matière d'éducation»⁶⁵. Il plonge ses racines dans la volonté de maintenir et de promouvoir les langues officielles et les dimensions culturelles qui s'y attachent, tout en assurant la liberté de circulation et le droit à la mobilité interprovinciale⁶⁶ des citoyens⁶⁷. Le résultat s'énonce comme suit :

«(1) Les citoyens canadiens :

(a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

(b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

(a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

(b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics».

La formulation de ce droit à l'instruction dans la langue minoritaire tient directement compte de l'attribution aux provinces des compétences en matière d'enseignement. Son paragraphe (1)b) ou «clause Canada» a d'ailleurs été écrit pour contrer certains aspects de la politique linguistique québécoise limitant l'accès à l'école anglophone. L'ensemble de ses dispositions prennent le cadre de référence provincial comme point de départ de la définition des minorités concernées. Ici non plus la symétrie n'est toutefois pas parfaite, puisque l'article 59(2) de la Loi constitutionnelle de 1982 suspend l'entrée en vigueur du paragraphe (1)a) de l'article 23 à l'égard du Québec, rendant dès lors inopérante dans cette province l'une des trois caté-

⁶⁵ C.S.C., *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, §29, *in fine*.

⁶⁶ *Ibid.*, §30 : «[L]e paragraphe 23(2) a pour objet précis de garantir le droit à la continuité de l'instruction dans la langue de la minorité, de préserver l'unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d'établissement. Les rédacteurs voulaient qu'un enfant qui a étudié ou qui étudie dans une langue officielle puisse terminer ses études dans cette langue, là où elle est minoritaire».

⁶⁷ Il s'agit aussi du seul droit linguistique à faire de la possession de la nationalité canadienne une condition *sine qua non* de son bénéfice.

gories de bénéficiaires identifiées par cette disposition. À l'inverse, rien n'empêche les collectivités fédérées de venir préciser ou élargir ces catégories. Certaines législatures provinciales ont choisi d'offrir une protection plus large ⁶⁸.

15. Une dose significative d'asymétrie ressurgit encore doublement au niveau de la mise en œuvre du droit : son bénéfice est conditionné par la présence d'un «nombre suffisant» d'enfants concernés et l'ampleur des prestations positives imposées le cas échéant aux provinces est directement liée à l'importance de ce nombre.

La Cour suprême a défini ce qu'il convenait de considérer comme un nombre pertinent en estimant qu'il s'agit du «nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés» ⁶⁹.

⁶⁸ Outre les trois catégories de parents titulaires en vertu de l'article 23 de la Charte, la législation du Nouveau-Brunswick confère à tout enfant le droit de recevoir son instruction dans la langue officielle de son choix sur l'ensemble du territoire provincial, pourvu qu'il maîtrise celle-ci de manière «suffisante» (Loi sur l'éducation, L.N.-B. 1997, c. E-1.12, article 5(1)). Bien qu'aucune autre province n'ait consacré une telle liberté de choix, certaines d'entre elles ont cependant, à des degrés divers, élargi le nombre de bénéficiaires. Parmi celles-ci, l'Ontario se distingue en ce qu'il présente l'originalité d'inclure dans la notion d'enseignement minoritaire non seulement le français, mais aussi la langue des signes correspondante (Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 1). La législation du Manitoba précise expressément que seul un parent doit être éligible pour que l'enfant puisse recevoir l'instruction en langue française (Public Schools Act, C.C.S.M. c. P250, s. 21.15(1)a). La législation du Québec ajoute de son côté un nombre significatif de catégories de bénéficiaires à celles prévues par la Charte canadienne (voy. les articles 73(3), 81, 85, 85.1, 86 et 86.1 de la Charte de la langue française). Par ailleurs, certaines provinces tolèrent implicitement l'admission d'enfants de parents non titulaires en vertu de l'article 23. À tout le moins leur législation ne l'interdit-elle pas. Tel est le cas dans en Alberta, Nouvelle-Ecosse, et Terre-Neuve-et-Labrador. D'autres prévoient explicitement cette faculté, généralement pour l'assortir d'indications interprétatives ou de procédures de contrôle de son exercice. Seule la province du Manitoba s'en remet, sur ce point, intégralement à la discrétion de la commission scolaire de langue française (Public Schools Act, C.C.S.M., c. P250, s. 21.15(5)). La réglementation exécutant le *School Act* de l'Île-du-Prince-Édouard prévoit cette possibilité mais précise que de telles admissions doivent se faire : «having regard for the integrity of the system and the intent to provide a French first language program» (School Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, s. 114(d) et French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10(1)). Dans la province de la Saskatchewan, les enfants de parents non titulaires peuvent inscrire leurs enfants dans les écoles minoritaires (*fransaskois schools*) pour autant que le *Conseil scolaire fransaskois* et la commission scolaire de l'école majoritaire dans laquelle il aurait normalement dû être inscrit y consentent (Education Act, 1995, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144). Voy. égal., pour l'Ontario, l'article 293 du Education Act (R.S.O. 1990, c. E.2). *Adde* : C.A.O., *Abbey v. Essex County Board of Education* (1999), 42 O.R. (3d), pp. 488-89; M. AQUILINO, «Qui suis-je? Identité linguistique et exclusion des non-ayants droit par l'article 23 de la Charte», 38 *Ottawa L. Rev.* — *R.D. Ottawa*, 2006-2007, pp. 67-93. En Colombie-Britannique, le *Conseil scolaire francophone* dispose d'une marge de manœuvre comparable, spécialement à l'égard des enfants de parents immigrés qui auraient été titulaires s'ils avaient possédé la nationalité canadienne (School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24).

⁶⁹ C.S.C., *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 384; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 850. Un accent exclusif sur la demande existante est réducteur car «la demande en matière de services suit dans une certaine mesure la prestation du service lui-même» (*ibid.*). En d'autres termes, il est raisonnable de s'attendre à une augmentation de la demande

Elle reconnaît elle-même qu'il est «normalement impossible [d'en] connaître le chiffre exact», mais que celui-ci peut être appréhendé, de manière approximative, «en considérant les paramètres dans lesquels il doit s'inscrire», à savoir «la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service»⁷⁰. En d'autres termes, ce nombre se situe nécessairement dans l'intervalle entre le «nombre réel» et le «nombre potentiel»⁷¹. Le nombre ainsi défini peut naturellement fluctuer au cours du temps et, par exemple, augmenter sous l'effet de mouvements migratoires ou de la mobilité interprovinciale. À l'inverse, un taux d'assimilation élevé peut, en quelques années, faire chuter ce nombre au point qu'il ne justifie plus guère de prestations.

L'indétermination du concept de nombre suffisant est donc également le lieu d'une contextualisation possible de l'application de l'article 23 selon le profil linguistique des différentes provinces. Une fois établie la suffisance du nombre d'élèves éligibles, l'«importance» relative de ce nombre — car déterminée à l'aune de la présence minoritaire dans la province — permet de concrétiser, dans une conception progressive de la normativité, l'ampleur du droit à l'instruction dans la langue minoritaire et, partant, des obligations de réalisation qui en découlent pour les autorités scolaires. L'ampleur du droit de gestion et de contrôle sur l'enseignement dispensé oscille dès lors entre un niveau-plancher — un programme scolaire dans cette langue financé sur fonds public — et un niveau-plafond — le droit à un établissement distinct et homogène, ressortissant d'un conseil scolaire indépendant réservé à la minorité linguistique⁷².

1.2.2. L'interprétation des droits

16. Une seconde série d'observations peut être énoncée. Elles portent cette fois sur les conséquences de l'interprétation des droits spécifiques sur le niveau de protection offert par les collectivités concernées ainsi que sur l'exercice des compétences de ces dernières.

Les méthodes d'interprétation de ces droits retenues par la Cour suprême du Canada ont en effet évolué au fil des quatre dernières décennies.

une fois que des services en langue minoritaire sont dispensés (C.S.C., *Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851). À l'inverse, la seule prise en compte de la demande potentielle aboutit presque inévitablement à surévaluer le nombre total d'élèves «parce qu'il est très improbable que tous ces élèves se prévaudront d'un service envisagé» (*Mahe*, 384).

⁷⁰ C.S.C., *Mahe*, p. 384. Voy. Y. LE BOUTHILLIER, «L'affaire *Mahé* et les droits scolaires...», *loc. cit.*, pp. 122-125.

⁷¹ Voy. C.S.C., *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 850; *Arsenault-Cameron*, §32.

⁷² C.S.C., *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

On a, d'abord, observé le passage d'une interprétation relativement libérale des droits linguistiques ⁷³ à une interprétation restrictive, justifiée par les compromis politiques qui en ont sous-tendu leur formulation et qu'il conviendrait de ménager ⁷⁴. Ce premier revirement de jurisprudence de la Cour suprême dans les années 1980 a, ainsi, montré les risques qu'encourt l'effectivité des droits spécifiques des minorités. Même constitutionnellement protégés, la sensibilité de leur contenu et la prudence affichée par les hautes juridictions lorsqu'elles les interprètent peuvent conduire à hypertrophier une partie de ce qu'ils sont — le résultat d'un compromis bien souvent déterminant pour la naissance de la fédération ou son approfondissement — au détriment de ce qu'ils ne sont pas moins — des droits individuels tendant à préserver et promouvoir ce qui fait la spécificité culturelle d'un groupe, soit, dans le cas présent, la langue que parlent ses membres.

On a, ensuite, assisté à une marginalisation progressive de la justification des droits par la théorie du compromis politique au profit du développement d'une justification par une conception renouvelée de l'égalité — la poursuite de l'égalité réelle plutôt que simplement formelle. Cette approche s'est, d'abord, matérialisée dans l'arrêt *Mahe*, avec le retour à une interprétation ouvertement libérale et téléologique ⁷⁵. Elle a, ensuite, été consolidée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, dans lequel la protection des minorités a été érigée au nombre des principes structurels de la Consti-

⁷³ C.S.C., *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *P.G. (Québec) c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312.

⁷⁴ C.S.C., *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Bilodeau c. P.G. (Man.)*, [1986] 1 R.C.S. 449; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549. Les enseignements de ces trois arrêts ont fait l'objet d'un très large rejet par la doctrine. Sur ce débat et pour des condamnations quasi-unanimes de la théorie du compromis politique, voy. e.a. A. RIDELL, «À la recherche du temps perdu : la Cour suprême et l'interprétation des droits linguistiques dans les années 80», 29 *C. de D.*, 1988, pp. 829-855; P. FOUCHER, «L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour suprême du Canada», 19 *Ottawa L. R.* — *R.D. Ottawa*, 1987, spéc. pp. 394-407; L. GREEN et D. RÉAUME, «Second Class Rights? Principles and Compromises in the Charter», 13 *Dal. L.J.*, 1990, pp. 564-593; D. RÉAUME et L. GREEN, «Education and Linguistic Security in the Charter», 34 *R.D. McGill* — *McGill L.R.*, 1988-1989, pp. 777-816; M. COUSINEAU, «Survol des droits linguistiques : enfin de vrais droits linguistiques au Canada», 32 *R.D. Ottawa* — *Ottawa L. Rev.*, 2000-2001, pp. 117-139; R. SOUBLIÈRE, «Les perpétuels tirailllements des tribunaux dans l'interprétation des droits linguistiques», 4 *R.C.L.F.*, 2001-2002, pp. 1-104; D. RÉAUME, «The Demise of the Political Compromise Doctrine : Have Official Language Use Rights Been Revived», 47 *R.D. McGill* — *McGill L.R.*, 2001-2002, pp. 593-624; G. MIGNEAULT, «L'interprétation des droits linguistiques», 82 *R. du B. can.*, 2003, pp. 191-212; W. J. NEWMAN, «La progression vers l'égalité des droits linguistiques par voie législative et judiciaire», 6 *R.C.L.F.*, 2004-2005, pp. 19-45; D. PROULX, «Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme», in P. NOREAU ET J. WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, pp. 259-280.

⁷⁵ C.S.C., *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

tution canadienne ⁷⁶. Elle a, enfin, été affirmée avec force dans l'arrêt *Beaulac* : «[I]es droits linguistiques ne sont [ni] des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques» ⁷⁷. Ces nouveaux canons de l'interprétation constitutionnelle ont été réaffirmés à plusieurs reprises au cours de la décennie qui s'est écoulée depuis lors. Leur réitération la plus récente peut être trouvée dans l'arrêt *Desrochers*, qui portait sur le droit aux prestations de services public dans la langue minoritaire par les institutions fédérales :

«Les tribunaux sont tenus d'interpréter [les droits linguistiques] de façon libérale et téléologique. À cette fin, les dispositions pertinentes doivent être interprétées d'une façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada (...). [L]a Cour a plusieurs fois réaffirmé que le concept de l'égalité en matière de droits linguistiques doit recevoir son sens véritable (...). L'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, doit être la norme et l'exercice des droits linguistiques ne doit pas être considéré comme une demande d'accommodement» ⁷⁸.

17. La question peut dès lors se poser de savoir ce qu'il demeure de la marge d'appréciation provinciale dans l'exercice de certaines de leurs compétences, au-delà de l'évidence qui veut qu'elles disposent de la liberté de choisir les moyens mis en œuvre pour remplir leurs obligations découlant de la Charte et de son interprétation judiciaire.

La jurisprudence et la doctrine confirment d'abord, sans surprendre, que toute collectivité peut entreprendre d'augmenter le niveau de protection des droits linguistiques et de favoriser ainsi l'égalité entre le français et l'anglais et l'épanouissement de la culture minoritaire ⁷⁹. Il faut dire que le texte constitutionnel ne manque pas de favoriser une telle dynamique en fournissant une série d'outils ouvrant le champ des «possibles» herméneutiques, comme les clauses de progression vers l'égalité linguistique ⁸⁰.

Sans vouloir occulter les tensions politiques et les difficultés pratiques que fait inévitablement naître leur coexistence, il est donc permis d'affirmer que l'interprétation téléologique et libérale des droits linguistiques consacrés

⁷⁶ C.S.C., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, §§79-80.

⁷⁷ C.S.C., *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, §25 : «[I]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada (...). Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens* (...) préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté» (soulignements de la Cour).

⁷⁸ C.S.C., *Desrochers c. Canada (Industrie)*, [2009] 1 R.C.S. 194, §31.

⁷⁹ Voy. e.a. C.S.C., *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, 195.

⁸⁰ Voy. les articles 16(3) et 16.1 de la Charte canadienne des droits et libertés.

dans la Constitution fédérale n'est pas nécessairement incompatible avec la primauté, au niveau fédéré, d'un principe d'unilinguisme officiel. Il faut dès lors accepter que la marge provinciale d'appréciation en matière de droits linguistiques puisse varier, selon que le Constituant a ou non entrepris de se saisir de la question. Si tel n'est pas le cas, la marge de manœuvre reste conséquente. Dans l'affirmative, elle se réduit, par contre, considérablement, sans être pour autant inexistante. La Cour a, en effet, souligné, à plusieurs reprises, que l'interprétation de l'article 23 de la Charte contraint l'interprète à prendre en considération «le contexte historique et social propre à chaque province»⁸¹ et celui «de la situation à corriger»⁸² : «[l']accent mis sur [ce contexte] indique qu'il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province»⁸³.

Prise au pied de la lettre, l'expression «méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts» semble tolérer un retour vers une plus grande marge provinciale d'appréciation dans la mise en œuvre des droits à l'instruction des minorités de langue officielle. L'interprétation contextualisée ne devrait toutefois pas déterminer le contenu des droits protégés. Ce risque peut être au moins partiellement prévenu si l'on cantonne l'influence de cette contextualisation — comme le laisse entendre l'arrêt *Solski* — à «l'examen des approches adoptées par les provinces pour appliquer [les droits concernés]» et «dans les cas où une justification au sens de l'article premier de la Charte canadienne est nécessaire»⁸⁴.

C'est donc au moment de l'évaluation de la légitimité du but que poursuit une mesure fédérée restreignant les droits garantis par la Charte et de la proportionnalité des moyens qu'elle met en œuvre qu'elle interviendra. Le premier cas de figure peut être illustré par l'arrêt *Arsenault-Cameron*, dans lequel la Cour examinait les mesures adoptées par le gouvernement provincial pour répondre à une demande relative à l'enseignement en français dans la petite ville de Summerside⁸⁵. Le second cas de figure évoque,

⁸¹ C.S.C., *Solski*, §21.

⁸² C.S.C., *Arsenault-Cameron*, §27.

⁸³ C.S.C., *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 17. Voy. égal. C.S.C., *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, spéc. pp. 777-778.

⁸⁴ C.S.C., *Solski*, §21 : «En raison du caractère national de l'article 23, la Cour a interprété les droits qu'il confère de façon uniforme pour toutes les provinces (...). Cependant, le contexte historique et social propre à chaque province n'est pas pour autant dépourvu de pertinence; il faut en tenir compte dans l'examen des approches adoptées par les provinces pour appliquer ces droits et dans les cas où une justification au sens de l'article premier de la Charte canadienne est nécessaire».

⁸⁵ C.S.C., *Arsenault-Cameron*, §29 : «L'analyse historique et contextuelle est importante pour les tribunaux qui doivent déterminer si un gouvernement n'a pas respecté les obligations imposées par l'article 23. Elle devrait aussi guider les acteurs gouvernementaux qui prennent les décisions requises pour donner effet à l'article 23».

entre autres, l'affaire *Ford c. Québec*⁸⁶ — ce type d'interprétation peut donc aussi se déployer s'agissant d'un droit universel tel que la liberté d'expression — mais aussi certaines décisions de la cour d'appel du Québec⁸⁷. Selon les hypothèses, cette «dynamique» peut donc tout autant requérir de protéger une règle d'unilinguisme mise en place pour créer une «aire de sécurité linguistique» que favoriser la progression vers le bilinguisme généralisé.

II. — LES DROITS DES MINORITÉS COMME ENJEU ET OBJET DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

18. La seconde perspective à partir de laquelle les rapports entre les droits des minorités et les règles répartitrices de compétences peuvent être approchés tend à concevoir ces droits comme enjeu et objet du partage des pouvoirs au sein de l'État fédéral. Renversant l'approche en termes de «limites», elle prend cette fois comme point de départ non plus les droits, mais les règles répartitrices de compétences. Dans la première configuration, l'utilisation du partage des compétences comme outil de protection des droits des minorités se fait sur un mode «implicite», même si seule la volonté de protéger certains droits préexistants permet d'en expliquer les règles de dévolution (II.1). Dans la seconde configuration, les clauses répartitrices de compétences pertinentes font expressément de la protection des minorités philosophiques et religieuses leur objet (II.2).

II.1. — Les droits des minorités comme enjeu de la répartition des compétences

19. Les droits des minorités peuvent être qualifiés d'«enjeu» du partage des pouvoirs lorsque des règles répartitrices de compétences ont été calibrées pour protéger des droits préexistants au pacte fédéral, mais sans que leur contenu n'affleure dans le texte constitutionnel, sans qu'ils ne «remontent à la surface».

⁸⁶ *Supra*, n° 5.

⁸⁷ Voy. e.a. C.A.Q., *T. B. c. Québec* (Ministre de l'Éducation), 2007 QCCA 1112, §65. La prise en compte de la «dynamique linguistique particulière» du Québec y est discutée tant dans l'examen de la légitimité des restrictions aux droits concernés, que dans celui de la proportionnalité des moyens utilisés. Les atermoiements de la Cour suprême dans l'arrêt *Solski* précité, autour de la question de la détermination de la part d'enseignement minoritaire anglophone que doit avoir reçu une personne pour que ses enfants puissent accéder à l'école anglaise au Québec, montrent toutefois la difficulté de réaliser pleinement cette dialectique entre les effets d'uniformisation d'une clause à la «portée nationale» et la volonté d'en «contextualiser» l'application.

L'exemple paradigmatique peut en être trouvé aux articles 129 et 130 de la Constitution belge, qui règlent le partage des pouvoirs en matière d'emploi des langues dans les matières administratives, dans l'enseignement et pour les relations sociales entre employeurs et leur personnel et pour les actes et documents des entreprises. L'essentiel du «système» de protection des droits linguistiques en Belgique repose ainsi sur des règles de répartition des compétences inscrites dans la Constitution et ciselées pour préserver des garanties figurant dans quelques textes législatifs plus anciens que l'État fédéral lui-même ⁸⁸. Aucun droit linguistique ne figure ainsi dans la Constitution mais celle-ci conditionne toutefois la modification des textes législatifs précités à une majorité qualifiée nécessitant l'accord conjoint des représentants au niveau fédéral des deux grandes communautés linguistiques du pays ⁸⁹.

Si la Constitution de la Belgique, contrairement à celle du Canada, ne contient aucune clause protégeant les droits de quelque minorité linguistique, le «souci minoritaire» se retrouve donc, sous une forme différente, au cœur même des principes qui régissent une part importante des règles d'attribution des compétences. Il ne s'agit toutefois pas de n'importe quelles compétences. L'usage des langues en matière administrative et d'enseignement représentent, dans le contexte belge, des éléments déterminants de l'autonomie culturelle des collectivités fédérées. La protection de certains droits spécifiquement reconnus à des minorités francophones, germanophones et néerlandophones en matière administrative et d'enseignement s'articule principalement autour, d'une part, d'une attribution constitutionnelle large du pouvoir de régler l'emploi des langues dans ces domaines sur une base territoriale précise et, d'autre part, de textes «quasi-constitutionnels» de nature législative, dont la Constitution subordonne la modification à une majorité qualifiée au niveau fédéral. Cet enchevêtrement de considérations à la fois matérielles et territoriales dans la répartition des

⁸⁸ L'approche en termes de «limites», explorée dans la première partie du présent article, n'est toutefois pas totalement inconnue du droit belge mais reste située au niveau infra-constitutionnel et, partant, reste tributaire de la manière dont évolue l'interprétation de la Constitution, et spécialement des règles répartitrices de compétences qu'elle contient. Depuis 2002, la législation fédérale renferme par exemple deux clauses de maintien des droits acquis bénéficiant aux minorités linguistiques, qui viennent restreindre l'exercice des compétences régionales et communautaires : les articles 16bis de la loi spéciale du 8 août 1980 et 5bis de la loi spéciale du 12 janvier 1989. Ils énoncent que les normes fédérées doivent respecter les garanties dont bénéficient les minorités linguistiques dans les communes à statut spécial et dans la région bilingue. Sur ces dispositions voy. N. BONBLED, *Les droits des minorités et la répartition des compétences dans les États fédéraux*, op. cit. ; N. BONBLED et P. VANDERNOOT, «Les droits des minorités», op. cit., pp. 1637-1819, spéc. pp. 1687-1690).

⁸⁹ Article 4, alinéa 3, de la Constitution : «une loi adoptée à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés».

compétences pertinentes caractérise le «modèle belge» et est la source d'une bonne part de sa complexité.

On se propose dès lors de survoler ce régime, où des droits linguistiques en matière administrative et d'enseignement ne sont généralement accordés que dans un nombre très réduit de communes et en des termes on ne peut plus asymétriques (II.1.1). On s'arrête ensuite brièvement sur les conflits d'interprétation qu'il génère. Ces conflits ont d'abord porté sur l'identification des titulaires des droits linguistiques et, plus concrètement, sur la question de savoir si les mandataires publics peuvent en bénéficier. À partir de la seconde moitié des années 1990, c'est ensuite à un contentieux relatif à la portée matérielle de ces droits que l'on assiste, la question disputée étant essentiellement celle de la récurrence avec laquelle une personne doit manifester sa volonté de recevoir les documents officiels dans la langue minoritaire (II.1.2).

II.1.1. Les droits garantis

20. Le choix d'un régime linguistique strictement territorialisé au début des années 1960 — et, quelques années plus tard, d'une division corrélative des compétences communautaires au sein de l'État fédéral belge — trouve sa source dans le cheminement et les soubresauts de l'histoire sociale et politique du pays. La consolidation du tracé de la frontière linguistique a conduit à la reconnaissance de droits linguistiques dans certaines communes sur le territoire desquelles résid(ai)ent une minorité significative — parfois une majorité au plan local — d'une autre langue officielle que celle de la région.

Des droits linguistiques ou «facilités» en matière administrative sont ainsi exclusivement reconnus par la législation linguistique dans un nombre réduit de communes du Royaume⁹⁰. Les vingt-sept communes⁹¹ concer-

⁹⁰ Pour un exposé détaillé des droits linguistiques en matière administrative et d'enseignement, voy. N. BONBLED et P. VANDERNOOT, «Les droits des minorités», *op. cit.* On se limite ici à évoquer les droits reconnus à l'égard des services administratifs locaux et régionaux. À l'égard des services fédéraux, les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966 (ci-après : «les lois coordonnées») organisent un système de bilinguisme français-néerlandais. Au vu de l'infériorité numérique de la population de langue française à l'échelle nationale, l'ensemble des éléments de ce dispositif complexe peuvent être lus comme autant de mesures de protection de la minorité francophone. Un trilinguisme partiel est également prévu à destination des locuteurs germanophones du pays.

⁹¹ Il s'agit des communes dans lesquelles des droits spécifiques sont effectivement garantis. Sont, par conséquent, exclues de cette typologie, les communes du *Plat-Dietse* (Baelen, Plombières et Welkenraedt), pour lesquelles les lois coordonnées reconnaissent au gouvernement fédéral la faculté de déroger à la règle d'unilinguisme français. L'article 8 des lois coordonnées, qui énumère les communes dotées d'un régime spécial en vue de la protection de leurs minorités, ne les mentionne d'ailleurs pas.

nées dans les trois régions «unilingues» (région de langue allemande, région de langue française et région de langue néerlandaise)⁹² peuvent être regroupées en quatre catégories. La première catégorie de communes est celle des «communes de la frontière linguistique». Elles sont au nombre de dix : quatre d'entre elles sont situées en région de langue française⁹³ et six en région de langue néerlandaise⁹⁴, et des droits y sont respectivement reconnus aux néerlandophones et aux francophones. La deuxième catégorie comprend les six «communes périphériques». Elles jouxtent la région bilingue de Bruxelles-Capitale mais sont toutes situées dans la région de langue néerlandaise⁹⁵. Ici encore, des droits spécifiques sont prévus au bénéfice des francophones, mais avec des variations selon qu'ils résident dans les quatre premières ou dans les deux dernières. La troisième catégorie regroupe les deux «communes malmédiennes»⁹⁶. Elles sont situées sur le territoire de la région de langue française mais avoisinent la région de langue allemande. Les germanophones y bénéficient de certains droits linguistiques. La quatrième et dernière catégorie de communes à régime spécial est formée de l'ensemble des neuf communes composant la région de langue allemande — et, de ce fait, le territoire de la Communauté germanophone⁹⁷. Seuls les francophones s'y voient reconnaître une série de droits particuliers.

Les quatre catégories de communes précitées sont donc les seules dans lesquelles existent des dérogations — partiellement formulées en termes de droits individuels — apportées à la règle d'unilinguisme officiel dans les trois régions unilingues. Selon les termes des lois coordonnées, les communes de la frontière linguistique, les communes malmédiennes et celles de la région de langue allemande sont «dotées d'un régime spécial en vue de la protection de leurs minorités»⁹⁸. Quant aux communes de la périphérie bruxelloises, elles sont dotées d'un «statut propre»⁹⁹ (*eigen regeling*). Ces

⁹² Article 4 de la Constitution.

⁹³ Toutes font parties de la province du Hainaut : Comines-Warneton (*Komen-Waasten*), Enghien (*Edingen*), Flobecq (*Vloesberg*) et Mouscron (*Moeskroen*) (articles 8, 5°, 7° et 9°, des lois coordonnées).

⁹⁴ Il s'agit d'Espierres-Helchin (*Spiere-Helkijn*) et Messines (*Mesen*) en Flandre occidentale, Renaix (*Ronse*) en Flandre orientale, Bièvre (*Bever*) dans le Brabant flamand et Herstappe et Fourons (*Voeren*) dans le Limbourg (articles 8, 3°, 4°, 6°, 8° et 10°, des lois coordonnées).

⁹⁵ Elles font toutes parties de la province du Brabant flamand : Drogenbos, Crainhem (*Kraainem*), Linkebeek, Wemmel, Rhode-Saint-Genèse (*Sint-Genesius-Rode*) et Wezembeek-Oppem.

⁹⁶ Malmedy et Waimès (*Weismes*), dans la province de Liège.

⁹⁷ Toutes situées dans la province de Liège : Amblève (*Amel*), Bullange (*Büllingen*), Burg-Reuland, Butgenbach (*Bütgenbach*), Eupen, La Calamine (*Kelmis*), Lontzen, Raeren et Saint-Vith (*Sankt Vith*) (articles 5 et 8, 1°, des lois coordonnées).

⁹⁸ Article 8, al. 1^{er}, des lois coordonnées. À l'exception des «communes périphériques», pour lesquelles les lois coordonnées remplacent cette mention par une référence à leur «statut propre» (*infra*).

⁹⁹ Article 7, al. 1^{er}, des lois coordonnées.

différences sémantiques s'expliquent par une série de motifs historiques. En termes juridiques toutefois, les lois coordonnées tendent à considérer ces catégories comme un ensemble ¹⁰⁰, sauf quelques dispositions particulières relatives aux communes périphériques ¹⁰¹.

Les lois coordonnées distinguent entre les droits existants dans les vingt-sept communes à régime spécial de ceux reconnus dans les dix-neuf communes de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, dans lesquelles l'égalité du français et du néerlandais est le principe et la liberté de choix des usagers la règle. Néanmoins, si l'on prend quelque distance avec la lettre et la structure des lois coordonnées en tentant de lire leurs dispositions en termes de droits linguistiques et d'obligations correspondantes quant à l'organisation des services publics, c'est davantage un *continuum* que l'on observe. À une extrémité — qui concerne l'écrasante majorité des communes de deux des trois régions unilingues ¹⁰² —, la règle d'unilinguisme ne connaît pas d'exception. À l'autre extrémité, on trouve un régime de liberté de l'emploi des deux langues officielles dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale ¹⁰³.

De manière générale, la législation fédérale n'exige aucune condition de reconnaissance de la personne intéressée comme appartenant à la minorité protégée. À l'inverse de la législation sur l'emploi des langues en matière d'enseignement, elle est par ailleurs dénuée de toute référence à une quelconque «langue usuelle», attestée ou non. Elle s'articule exclusivement autour du critère de la langue que désire employer la personne. La Constitution et les lois coordonnées ne font pas davantage de distinction entre les nationaux ou les étrangers. Seule importe la langue officielle dont l'administré fait usage.

S'agissant du contenu de ces droits, les lois coordonnées distinguent selon que l'acte administratif posé par l'administration concerne la généralité du public, d'une part, ou un ou plusieurs membres de celui-ci, de l'autre. Une première catégorie d'actes administratifs se définit ainsi par le fait que leurs destinataires sont l'ensemble des administrés, ou à tout le moins une catégorie d'entre eux : les «avis» (inscriptions et informations qui figurent sur les murs des bâtiments et locaux administratifs), les «communications»

¹⁰⁰ Article 7, al. 2, des lois coordonnées : «(...) ces communes sont considérées comme des communes à régime spécial».

¹⁰¹ Voy. principalement les articles 23 à 31 des lois coordonnées.

¹⁰² 533 communes sur les 589 que compte le pays.

¹⁰³ Ainsi, en termes de droits reconnus aux particuliers, le régime de certaines communes périphériques se distingue à peine de celui des communes bruxelloises. À l'inverse, certains aspects du régime légal dans les communes de la frontière linguistique présente des points communs avec celui des communes «ordinaires». Les communes de la région de langue allemande, les communes malmédiennes, et une partie des communes périphériques, peuvent être rassemblées en un groupe intermédiaire relativement homogène — à tout le moins juridiquement — en termes de garanties et d'organisation des services.

(informations à portée générale ou adressées à un public-cible, quelle que soit la forme sous laquelle elles sont diffusées : publication communale, annonces dans les médias, appels à candidats ou offres d'emploi, noms de rues, ...) et les « formulaires ». Une deuxième catégorie d'actes administratifs rassemble ceux qui concernent un ou plusieurs particuliers (actes, certificats, déclarations et autorisations), ainsi que les « rapports avec les particuliers », notion résiduelle, englobant l'ensemble des contacts verbaux ou écrits des administrations avec les personnes (conversations téléphoniques, échanges de courriers, convocations de la police, ...).

Selon les catégories de communes, les membres de la minorité linguistique disposent ainsi de droits plus ou moins étendus de choisir la langue qu'ils utilisent avec les administrations. En parallèle, les administrations se voient imposer des obligations plus ou moins prononcées de prendre les mesures nécessaires destinées à assurer certains services à la population dans la langue de la minorité.

21. Tout comme pour les matières administratives, dès avant la transformation progressive de l'État belge en un État fédéral, les lois linguistiques ont consacré la règle de l'unilinguisme officiel en matière d'enseignement dans trois des quatre régions linguistiques que compte le pays. L'article 4 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement énonce ainsi : « [l]a langue de l'enseignement est le néerlandais dans la région de langue néerlandaise, le français dans la région de langue française et l'allemand dans la région de langue allemande, sauf les cas prévus aux articles 6 à 8 ».

Dès l'origine, cette règle d'unilinguisme fut assortie d'exceptions. La loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement et l'article 7, §3, de la loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative garantissent en effet le droit de suivre un enseignement dans la langue minoritaire sur certaines portions limitées du territoire des régions de langue française et néerlandaise et dans l'ensemble de la région de langue allemande (trente communes au total)¹⁰⁴. La portée de ce droit obéit à un certain nombre de règles similaires dans les trois régions concernées¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Voy. e.a. l'article 6 de la loi de 1963, toujours en vigueur dans la région de langue néerlandaise et dans la région de langue française. Pour la région de langue allemande, cette disposition a été remplacée par l'article 3 du décret de la Communauté germanophone du 19 avril 2004 relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement. Les règles prévalant dans la région bilingue de Bruxelles-Capitales ne présentent pas d'intérêt en l'espèce.

¹⁰⁵ À côté de cette importante dérogation à la règle de l'unilinguisme en matière d'enseignement, d'autres exceptions plus spécifiques existent mais ne sont pas abordées ici (voy. N. BONBLED et P. VANDERNOOT, « Les droits des minorités », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique, op. cit.*, n° 61, pp. 1717-1718).

Avant d'en décrire brièvement la portée, on relève toutefois que dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, à l'inverse des régions unilingues, le régime de l'emploi des langues en matière d'enseignement se caractérise, par la règle de la «liberté du père de famille» pour choisir le régime linguistique de l'enseignement dans lequel il inscrit ses enfants ¹⁰⁶.

Dans les régions unilingues, le droit de suivre un enseignement dans la langue minoritaire — ou d'obtenir sa mise en place là où il n'existe pas — est reconnu dès lors que seize «chefs de famille» en font la demande. Ce droit obéit à un certain nombre de principes communs qui concernent à la fois son champ d'application territorial, matériel et personnel.

La possibilité d'accéder à l'enseignement «minoritaire» est d'abord limitée à un cadre territorial strict et toujours subordonnée à une condition de résidence dans les communes concernées ¹⁰⁷. Lus côte à côte, les articles 3 de la loi du 30 juillet 1963 et 7 de la loi du 2 août 1963 visent en effet cinq catégories distinctes de communes bénéficiant d'un régime linguistique spécial. Les quatre premières sont identiques à celles visées dans les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative. La cinquième englobe les communes de Plombières, Welkenraedt et Baelen ¹⁰⁸.

Le droit de suivre l'enseignement dans la langue minoritaire est ainsi affecté d'une double limite matérielle. D'une part, il ne concerne que l'enseignement «officiel» ainsi que celui «subventionné» ou «reconnu» par les pouvoirs publics. Conformément à l'article 129, §1^{er}, 2^o, de la Constitution le champ d'application matériel de la loi du 30 juillet 1963 ne s'étend qu'aux «établissements officiels (...) et les mêmes établissements libres subventionnés ou reconnus par l'État» ¹⁰⁹. D'autre part, la principale dérogation au

¹⁰⁶ Article 5 de la loi de 1963, remplacé par l'art. 88, §1^{er}, de la loi du 26 juillet 1971 organisant les agglomérations et les fédérations de communes (*M.B.*, 24 août 1971). Sur le régime en vigueur dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, voy. e.a. Y. HOUYET, «La législation linguistique régissant la matière de l'enseignement dans le contexte constitutionnel fédéral de l'État belge», *Rev. b. dr. const.* 2002, pp. 398-401; P. VANDERNOOT, «La législation linguistique applicable à Bruxelles», in E. WITTE, A. ALEN, H. DUMONT et R. ERGEC (dir.), *Het statuut van Brussel — Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 406-407; N. BONBLED et P. VANDERNOOT, «Les droits des minorités», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique, op. cit.*, n° 67, pp. 1723-1724). Voy. cependant C.C., arrêt n° 7/2012, 18 janvier 2012.

¹⁰⁷ Article 6, al. 1^{er}, de la loi du 30 juillet 1963. Voy. égal. l'article 7, §3, B, de la loi du 2 août 1963. Cette condition de résidence du «chef de famille» dans la commune s'était attiré les critiques de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge* (Cour eur. D.H., *Affaire linguistique belge*, arrêt du 23 juillet 1968, §32). Malgré son caractère discriminatoire, elle n'a jamais été supprimée ou assouplie par le législateur fédéral.

¹⁰⁸ Ces trois dernières communes présentent donc la particularité, contrairement aux autres catégories, de n'être soumises à un régime linguistique spécial qu'en matière d'enseignement. En matière administrative, la faculté de prévoir un régime linguistique spécial dans ces communes existe mais qu'elle n'a jamais été activée par le Gouvernement fédéral (voy. l'article 16 des lois coordonnées).

¹⁰⁹ Article 1^{er} de la loi du 30 juillet 1963.

principe de l'enseignement dans la langue de la région linguistique ne porte que sur les deux premiers niveaux d'enseignement ¹¹⁰ — le maternel et le primaire. Ce constat résulte de l'article 6 de la loi du 30 juillet 1963. L'article 7, §3, de la loi du 2 août 1963 confirme cette limitation pour ce qui concerne les communes périphériques.

Enfin, la législation fédérale garantit ce droit aux parents et tuteurs d'enfants appartenant à la minorité de langue officielle. La notion de parents doit être entendue au sens large. La loi du 30 juillet 1963 recourt exclusivement à la notion, passablement vieillie, de «chef de famille», mais qu'il faut entendre comme «la ou les personnes exerçant l'autorité parentale sur le mineur» ¹¹¹. Le fait que les parents soient désignés comme les titulaires des droits linguistiques n'ôte cependant rien au constat que c'est l'enfant qui est au centre des préoccupations du législateur. La preuve en est que ce n'est pas la langue parlée par les parents, ou par l'un d'eux, qui est déterminante, mais bien celle de l'enfant ¹¹². Pour pouvoir accéder aux écoles minoritaires existantes ou pour que ses parents puissent demander la mise en place d'un tel enseignement, il faut néanmoins nécessairement que la «langue maternelle ou usuelle» de l'enfant soit une autre langue officielle que celle de la région linguistique. Et puisque seuls les enseignements maternel et primaire sont en principe visés, il s'agit généralement d'enfants âgés de trois à douze ans.

Au total, dans la région de langue néerlandaise, treize écoles situées en région de langue néerlandaise dispensent actuellement un enseignement en français tout en étant subventionnées par la Communauté flamande ¹¹³. De son côté, la Communauté française finance la section néerlandaise d'une école primaire du réseau libre confessionnel, située à Mouscron. L'ensemble de ces établissements accueillent un peu plus de 3.000 élèves.

¹¹⁰ Voy. cependant le régime des exceptions instituées par l'article 7 de la loi du 30 juillet 1963, qui concernent quant à elles également le niveau secondaire.

¹¹¹ C.E., avis du 31 mars 1971, *Doc. parl.*, Ch., 1970-1971, n° 868/12, p. 19. Le décret de la Communauté germanophone du 19 avril 2004 utilise, pour sa part, les termes «personnes chargées de l'éducation» — soit celles qui exercent, en droit ou en fait, l'autorité parentale ou la tutelle de l'enfant en âge scolaire.

¹¹² Pour des raisons évidentes liées à son statut de mineur, ses parents sont néanmoins chargés de l'exercice de ses droits. Seul l'intérêt de l'enfant devrait guider les personnes chargées de son éducation dans le choix du régime linguistique de l'enseignement qu'il suivra. Depuis la révision de l'article 22bis à la fin de l'année 2008, il s'agit d'une obligation constitutionnelle formulée sans aucune ambiguïté : «[d]ans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale».

¹¹³ N. BONBLED et P. VANDERNOOT, «Les droits des minorités», in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, op. cit., pp. XX.

II.1.2. L'interprétation des droits

22. La responsabilité de la modification ou du maintien des droits que l'on vient de décrire (voire leur élargissement à d'autres communes) est partagée entre les trois communautés et l'autorité fédérale.

La Communauté flamande est, en effet, compétente pour régler l'emploi des langues en matière administrative dans les communes « ordinaires » de la région de langue néerlandaise. La Communauté française dispose du même pouvoir pour la région de langue française. Et l'autorité fédérale pour les communes à régime spécial des trois régions unilingues. Les législateurs communautaires exercent leur compétence à la majorité ordinaire, tandis que le législateur fédéral doit recourir à la majorité spéciale pour les communes à facilités des régions de langue française et néerlandaise et à la majorité simple pour celles de la région de langue allemande. Il est, en outre, compétent, toujours à la majorité simple, pour l'emploi des langues en matière administrative dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

Les mêmes règles s'appliquent concernant l'emploi des langues pour l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics, mais la Communauté germanophone est, cette fois, compétente pour les communes de la région de langue allemande ¹¹⁴.

Au vu de l'incompétence des collectivités fédérées pour se « réapproprier » — en les élargissant ou en les restreignant — les droits linguistiques décrits ci-dessus, le principal vecteur de l'évolution de leur contenu se situe dans l'interprétation qui est donnée par les juridictions de ces droits et des règles répartitrices de compétences précitées.

De manière schématique, deux sources de conflits juridictionnels ont marqué les quatre dernières décennies : l'identification des bénéficiaires des droits et la détermination de leur portée concrète. Ces polémiques n'en procèdent pas moins d'un seul vaste conflit d'interprétation, fût-ce parce qu'elles se construisent autour des mêmes dispositions constitutionnelles.

23. Durant les années 1970 et 1980, les crises politiques et les controverses jurisprudentielles ont fait la part belle au règlement d'un débat historique portant sur d'éventuels « droits linguistiques » dont disposeraient les mandataires publics. Cette première source de conflit concernait l'identification des bénéficiaires de la liberté garantie à l'article 30 de la Constitution ¹¹⁵ et de sa conciliation avec les nouvelles données constitutionnelles.

¹¹⁴ Article 130, §1^{er}, 5^o, de la Constitution.

¹¹⁵ Sur ce débat et les difficultés conceptuelles que pose la consécration d'un principe de libre choix de la langue officielle utilisée dans la sphère des relations publiques, voy. N. BONBLED et S. WEERTS, « La liberté linguistique », *op. cit.*, p. 1097-1147.

En une quinzaine d'années, une jurisprudence administrative hostile à la reconnaissance de tels droits à des mandataires publics dans l'exercice de leurs fonctions — inaugurée en 1973 par l'arrêt *Germis*¹¹⁶ — s'est attachée à tirer toutes les conséquences d'une lecture « téléologique » des textes matérialisant deux étapes fondatrices de la fédéralisation de l'État¹¹⁷ : les lois linguistiques de 1962-63 et l'adoption des articles 4 et 129 de la Constitution.

La « téléologie » dont il est question ici ne s'identifie en rien à celle classiquement évoquée lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, soit l'interprétation libérale et évolutive du droit garanti et l'interprétation restrictive des exceptions qui y sont apportées. Il s'agit, au contraire, d'une interprétation visant à assurer le respect de l'unilinguisme officiel. Elle part du postulat — étayé par les travaux préparatoires — que le Constituant a souhaité lui conférer un statut éminent, qui oblige à revoir l'interprétation de l'article 30 et de la liberté linguistique qu'il contient. Ce renversement trouverait son fondement à l'article 4 de la Constitution, « qui a érigé en norme constitutionnelle la division du territoire en régions linguistiques qui était précédemment l'œuvre d'une loi ». Par conséquent, selon le Conseil d'État, en énonçant l'existence de quatre régions linguistiques :

« le constituant a entendu non pas faire une constatation ethnographique, mais instaurer un concept juridique à l'exemple de ce qu'avait fait le législateur de 1963 ; [dans] les dispositions constitutionnelles, la 'région linguistique' s'entend non pas d'une région où une langue déterminée est usitée en fait, mais d'une région dans laquelle ou à l'égard de laquelle cette langue doit être usitée en droit ; [compte tenu de l'article 30], demeuré inchangé, cela ne saurait signifier autre chose que la région

¹¹⁶ C.E., arrêt n° 15.990, 17 août 1973, *Germis*.

¹¹⁷ Cette jurisprudence s'est principalement matérialisée au travers de cinq arrêts de la IV^{ème} chambre (arrêt n° 17.414, 3 février 1976, *Deffense*; arrêt n° 19.522, 20 mars 1979, *Carlier*; arrêt n° 22.186, 6 avril 1982, *Verheyden*; arrêts n° 23.282 et n° 23.283, 24 mai 1983, *Commune de Rhode-Saint-Genèse et Bautmans*; arrêt n° 23.284, 24 mai 1983, *Commune de Kraainem et Van Campen*) et deux arrêts de la VII^{ème} chambre (arrêt n° 23.658, 8 novembre 1983, *Walraet; Geuens et Michiels*, 23 décembre 1983). Sur cette jurisprudence et les critiques dont elle a fait l'objet, voy. e.a. H. DUMONT, « La fonction de juger les activités des pouvoirs politiques, fonction juridictionnelle ou politique? », *Jour. Proc.*, n° 62 1985, pp. 25-29; *Id.*, « La frontière entre droit et politique n'est plus la même des deux côtés de la frontière linguistique », *Journ. Proc.*, n° 92, 1986, pp. 13-15; E. GILLET, « A propos des affaires Happart, Cour d'arbitrage et Conseil d'État », *Journ. Proc.*, n° 92, 1986, pp. 16-17 R. LALLEMAND et G. SOUMERYN, « Les arrêts linguistiques du Conseil d'État, un exemple extraordinaire de juge législateur », *J.T.*, 1986, pp. 717-723; Y. LEJEUNE, « Les connaissances linguistiques requises d'une autorité ou d'un mandataire public communal », *R.R.D.*, 1986, pp. 319 et s.; J.-C. SCHOLSEM, « Conseil d'État et Cour d'arbitrage : Dissonances », *Ann. F. dr. Liège*, 1987, pp. 31 et s.; R. SENELLE, « L'affaire dite 'Happart' ou la déraison belge », *Journ. Proc.*, n° 93, 1986, pp. 8-9. M. UYTENDAELE, « Les obligations linguistiques des mandataires politiques », *C.H. CRISP*, n° 1150, 1987; J. VELAERS, « Het taalgebruik en de taalkennis van de gemeentelijke overheid in het Nederlands taalgebied na het arrest van het Arbitragehof van 26 maart 1986 », *T.B.P.*, 1986, pp. 344-348; J. VELAERS, *Het gebruik van de talen*, coll. De bevoegdheidsverdeling in het federale België, no. 12, Die Keure, 2001, pp. 28-30; J. CLEMENT, *op. cit.*, pp. 853-858.

linguistique néerlandaise visée par l'article [4] (...) est la région dans laquelle et à l'égard de laquelle le néerlandais est la langue officielle, c'est-à-dire la langue qui doit être utilisée pour les 'actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires', sauf exceptions expresses à déterminer par voie de loi ou de décret (...); [ces] exceptions doivent toutefois conserver leur caractère exceptionnel et donc être interprétées de manière restrictive puisque le principe énoncé par l'article [4] apparaît comme une restriction à la liberté accordée au législateur ordinaire par l'article [30] et du pouvoir accordé par l'article [129] au législateur [décrétal] de régler l'emploi des langues (...), de sorte que dans l'article [4] gît la garantie constitutionnelle qui interdit au législateur d'instaurer dans une région unilingue déterminée un régime tel que la langue de cette région n'aurait plus en réalité le statut de langue officielle (...)» ¹¹⁸.

Cette interprétation exclut donc que d'autres personnes que les personnes privées se voient reconnaître des droits linguistiques, droits dont le caractère dérogatoire par rapport à l'unilinguisme de principe exige, par ailleurs, qu'ils soient interprétés restrictivement.

24. L'apparition de la Cour constitutionnelle comme nouvel acteur institutionnel durant la seconde moitié des années 1980, et le développement du contrôle de constitutionnalité des normes législatives, ont simultanément complexifié la donne et permis d'aplanir une partie de ces controverses. Les juges francophones et néerlandophones de la Cour — qui composent son siège sur une base linguistiquement paritaire —, pouvaient difficilement rester insensibles aux divergences d'interprétation précitées, tout en étant, pour leur part, institutionnellement contraints de rendre des arrêts de compromis. La contrainte a souvent abouti à des décisions extrêmement prudentes en la matière. Il n'empêche : les enseignements de ses arrêts sont loin d'être négligeables. Ils contiennent l'affirmation non ambiguë du principe de territorialité pour la réglementation de l'emploi des langues en matière administrative ¹¹⁹. Par conséquent, la protection des minorités linguistiques par la reconnaissance de droits individuels, spécifiques ou non, ne peut se faire, dans le chef des collectivités fédérées, qu'au profit des minorités présentes sur son territoire de référence, moyennant le respect des réserves de compétences reconnues à l'autorité fédérale. Ces principes allaient encore régu-

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 669-670.

¹¹⁹ E.a. C.C., arrêt n° 56/2000, 17 mai 2000, B.3. *Adde* : A. ALÉN et R. ERGEC, «Le principe de territorialité dans la jurisprudence belge et européenne — Un essai de synthèse», *J.T.*, 1998, pp. 785-790; J. VELAERS, *Het gebruik van de talen*, coll. De bevoegdheidsverdeling in het federale België, no. 12, Die Keure, 2001, spéc. pp. 146-164; J. CLEMENT, «Territoriality versus. Personality», in P. LEMMENS, A. ALÉN, B. DE WITTE and A. VERSTICHEL (eds.), *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Useful Pan-European Instrument?*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 51-68; H. VUYE, «Het territorialiteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State: eenduidig of meerduidig», *C.D.P.K. — Numéro spécial 10 ans*, pp. 10-36.

lièrement être réaffirmés au cours de la décennie suivante, à la suite de la jurisprudence *Carrefour* ¹²⁰.

La Cour constitutionnelle reconnaît également que l'article 4 de la Constitution constitue la garantie constitutionnelle de la primauté de la langue de la région unilingue et du caractère bilingue de la région de Bruxelles-Capitale ¹²¹. Elle émet cependant une réserve qui diverge de l'interprétation retenue par le Conseil d'État : il ne peut être déduit qu'il imposerait directement des obligations en matière d'emploi des langues ou une exigence de connaissances linguistiques pour les mandataires publics ¹²². Ces mandataires ne constituent des «services» que lorsqu'ils agissent comme autorités administratives individuelles. Le Constituant a, par ailleurs, opté pour un système d'élection directe au niveau local et a expressément confié au législateur fédéral le soin de déterminer les conditions d'éligibilité.

Le législateur fédéral, traduisant le compromis politique intervenu en 1988, a répercuté cet équilibre jurisprudentiel dans la «loi de pacification» ¹²³. Le compromis fait largement droit à la règle d'homogénéité linguistique des régions unilingues et des conséquences qui découlent du respect des lois coordonnées par les organes des collectivités locales, parmi lesquelles des obligations de connaissances linguistiques. La loi de pacification ne remet pas en cause les principaux enseignements de la jurisprudence des chambres néerlandophones du Conseil d'État. Au contraire, elle oblige les mandataires des communes à régime spécial, nommés ou élus, à connaître suffisamment la langue de la région. Ce faisant, le législateur n'exécède pas la marge de manœuvre que lui reconnaît le droit européen.

¹²⁰ La première affaire *Carrefour* trouve son origine dans le décret contenant le budget général des dépenses de la Communauté française pour l'année 1995. À cette occasion, le législateur introduit un crédit dans le programme «Aide aux associations francophones des communes à statut linguistique spécial», destiné à subventionner une association publiant en langue française un magazine («Carrefour») diffusé dans les communes périphériques. Voy. C.C., arrêt n° 54/96, 3 octobre 1996, B.9 : «[il] appartient à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, d'assurer la protection des minorités, garantie entre autres par l'article 27 [PIDCP]». *Adde* : Voy. e.a. M. UYTENDAELE et R. WITMEUR, «La frontière linguistique entre deux eaux», *J.T.* 1997, pp. 478-480; K. HENRARD, «Veel vliegen in één klap met als kopstukken het territorialiteitsbeginsel en mogelijke dimensies van minderheidsbescherming onder artikel 27 IVBPR», *T.B.P.* 1997, pp. 782-786.

¹²¹ C.C., arrêt n° 17/86, 26 mars 1986, 3.B.6

¹²² *Ibid.*

¹²³ Loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (*M.B.*, 13 août 1988). Sur cette loi voy. e.a. E. CEREXHE et X. DELGRANGE, «Les connaissances linguistiques des mandataires communaux», *J.T.*, 1989 et s.; J. CLEMENT, «Constitutionele beoordeling van de wet van 9 augustus 1988 over taalkennis van gemeentelijke overheids mandatarissen», *R.W.*, 1988-89, pp.; A. BEIRLAEN, «Recente ontwikkelingen in verband met het faciliteitenprobleem», *ibid.*, pp. 59-75.

Cette conclusion pouvait déjà s'autoriser des considérations de la Cour européenne des droits de l'homme dans *l'Affaire linguistique belge* (1968) sur l'unilinguisme en matière d'enseignement. Elle est expressément admise depuis l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* (1987) dans lequel la Cour reconnaît aux États une large marge d'appréciation pour organiser leurs systèmes électoraux et affirme qu'il n'est pas déraisonnable qu'un régime électoral entraîne, pour les minorités linguistiques, la nécessité d'accorder leurs voix à des personnes aptes et prêtes à user de la langue officielle de leur région ¹²⁴.

Dans son arrêt *Podkolzina c. Lettonie* ¹²⁵, la Cour a, sans ambiguïté, confirmé la *légitimité* de cet objectif. Bien qu'échouant, *in fine*, à satisfaire au test de proportionnalité ¹²⁶, les dispositions permettant de vérifier la maîtrise suffisante de la langue officielle dans le chef des candidats aux élections parlementaires poursuivent un objectif légitime et constituent une restriction admissible au droit de vote et d'éligibilité tels que garantis par l'article 3, du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne ¹²⁷. Si tel est le cas s'agissant d'une assemblée législative souveraine, *a fortiori* devrait-il en aller de même dans le chef de mandataires — élus ou non — d'une collectivité décentralisée auxquels une obligation de connaissance de la langue officielle de la région est imposée ¹²⁸. En tout état de cause, pour ce qui concerne le droit européen des droits de l'Homme, l'article 3 du Protocole n° 1 ne s'applique pas aux conseils communaux, qui ne sont pas des

¹²⁴ Cour eur. D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt du 2 mars 1987, §§54 et 57.

¹²⁵ Cour eur. D.H., *Podkolzina c. Lettonie*, arrêt du 9 avril 2002. *Addé* : M. LEVINET, «Les inéligibilités aux élections législatives devant la Cour européenne des droits de l'homme — À propos de l'arrêt du 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*», *Rev. fr. dr. const.*, 2003, pp. 425-428.

¹²⁶ Cour eur. D.H., *Podkolzina c. Lettonie*, §36. L'année précédente, le Comité des droits de l'Homme avait, dans une affaire similaire, statué exactement dans le même sens : voy. *Ignatane c. Lettonie*, constatations du 25 juillet 2001, communication n° 884/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/884/1999 (2001).

¹²⁷ Cour eur. D.H., *Podkolzina c. Lettonie*, arrêt du 9 avril 2002, §§33-34. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme était parvenue à une conclusion similaire quelques années auparavant, en déclarant irrecevable la requête de douze habitants de l'arrondissement électoral de Hal-Vilvorde, portant sur l'élection des membres du Parlement flamand. Appliquant la jurisprudence *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, elle juge que «les électeurs francophones de l'arrondissement de Hal-Vilvorde jouissent des droits de vote et d'éligibilité? dans les mêmes conditions que les électeurs néerlandophones de cet arrondissement. Ils n'en sont point privés par le seul fait que leurs représentants au Conseil flamand ont l'obligation de prêter serment en néerlandais avant d'entrer en fonction et d'employer exclusivement le néerlandais dans cette assemblée. Par ailleurs, on ne saurait comparer la situation existant dans une région unilingue a? celle prévalant dans une région bilingue, comme la région linguistique bilingue de Bruxelles-Capitale» (Comm. eur. D.H., *Clerfayt et autres c. Belgique*, décision du 8 septembre 1997).

¹²⁸ La Cour constitutionnelle partage cette conclusion et rejette toute application de l'article 3 du Protocole n° 1 aux conseils communaux. Voy. e.a. C.C., arrêt n° 26/98, B.4.5.

assemblées législatives ¹²⁹. Il n'est d'aucun secours pour les mandataires locaux ¹³⁰.

En validant sans réserve le contenu de la loi de pacification en 1990, puis en précisant le sort réservé aux interventions des conseillers communaux

¹²⁹ Voy. e.a. Comm. eur. D.H., *Clerfayt, Legros et autres c. Belgique*, décision du 17 mai 1985. On notera avec intérêt que la Commission rejette également les griefs tirés d'une violation de la liberté d'expression et de la «liberté linguistique». La seconde n'est garantie, en tant que telle, par aucune disposition conventionnelle. Quant à la première : «la Convention ne garantit pas le droit, pour un élu, de se servir de la langue de son choix pour faire ses déclarations et exprimer son vote au sein d'une assemblée telle le conseil communal ou les [C.P.A.S.], qui sont des organes de droit public. La participation aux débats de ces assemblées fait partie de l'autonomie reconnue aux communes et aux [C.P.A.S.]. Elle sort donc du cadre d'une activité de droit privé». Comp. avec l'art. 25, a) et b), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantit le droit «prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis» et le droit de voter et d'être élu «au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel». Cette dernière disposition est susceptible de s'appliquer aux conseils communaux. Voy., dans le même sens : A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Saatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 632; J. CLEMENT, «Constitutionele beoordeeling van de wet van 9 augustus 1988 over de taalkennis van gemeentelijke overheidsmandatarissen», *R.W.*, 1988-89, p. 1388; W. PAS, «De betekenis van art. 4 G.W. en de Taalwet Bestuurszaken voor het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen», *R.W.*, 1998-99, p. 115. Les assemblées élues des collectivités fédérées sont, par contre, indubitablement des «corps législatifs» au sens de l'article 3 du Protocole n° 1 : voy. Cour eur. D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt du 2 mars 1987, §53.

¹³⁰ A la différence sans doute de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales qui, si elle devait être ratifiée par la Belgique, obligerait à nuancer cette conclusion. Même si une grande part de ses dispositions sont juridiquement peu contraignantes, il paraîtrait délicat de négliger le fait que le Comité consultatif chargé d'évaluer l'adéquation des mesures nationales au regard des principes énoncés par celle-ci affirme que «[l]es exigences en matière de connaissances linguistiques imposées aux candidats aux élections législatives et locales ne sont pas compatibles avec l'article 15 de la Convention-cadre car elles affectent de manière négative la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales aux affaires publiques» (Comité consultatif, *Commentaire sur la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie culturelle, sociale et économique, ainsi qu'aux affaires publiques*, §102). L'article 15 de la convention «sous-entend pour les [États] une obligation de résultat : ils doivent veiller à l'instauration des conditions nécessaires à une participation effective», mais les «moyens les plus adaptés d'y parvenir» relèvent de leur marge d'appréciation (§15). Par contre, il ne leur confère aux représentants de la minorité le droit d'utiliser cette langue lorsqu'ils prennent part aux débats dans les organes où ils sont élus». Mais certaines mesures en ce sens peuvent néanmoins être fondées sur la base de l'article 10 de la même convention. Ainsi, «la possibilité d'utiliser les langues minoritaires dans les relations avec l'administration publique peut contribuer à une communication plus effective avec cette dernière. Au sein des organes locaux élus, cette même possibilité peut permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de participer plus efficacement à la prise de décisions. A l'inverse, des exigences linguistiques strictes risquent d'entraver considérablement la participation des minorités nationales dans certains domaines de la vie, notamment dans la vie socioéconomique et les processus électoraux. La connaissance de la langue officielle constitue néanmoins un facteur important qu'il convient de ne pas sous-estimer dans la mesure où elle contribue également à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales» (Commentaire précité, §160). J. VELAERS relève avec justesse que, dans l'hypothèse d'une entrée en vigueur de la convention en droit belge, cette interprétation contredirait une partie de la jurisprudence constitutionnelle et la majeure partie de celle du Conseil d'État étudiée («Het Kaderverdrag tot bescherming...», *op. cit.*, p. 138).

dans la langue minoritaire en 1998 ¹³¹, la Cour constitutionnelle a plus ou moins donné un coup d'arrêt à la controverse jurisprudentielle.

25. À la polémique portant sur les bénéficiaires des droits linguistiques a succédé, depuis une dizaine d'années, un autre conflit d'interprétations se déployant au sein des lois linguistiques. Il concerne, cette fois, l'interprétation *ratione materiae* des droits spécifiques qu'elles garantissent. La controverse se cristallise désormais autour de la récurrence avec laquelle un membre de la minorité linguistique doit manifester sa volonté de recevoir dans sa langue les documents qui le concernent, ou de voir utilisée cette dernière par l'administration dans ses rapports avec lui. Selon le Gouvernement flamand, cette volonté doit être manifestée de manière répétée et continue, lors de chaque «interaction» avec l'administration locale et régionale. Pour les autorités francophones — régionale et communautaire —, une seule notification de cette volonté doit suffire à ouvrir les droits garantis de manière définitive, à moins que la personne elle-même ne change d'avis. Il reviendrait donc aux services concernés, sur la base des informations à leur disposition, d'utiliser la langue du citoyen lorsque la loi le leur permet et, par exemple, de lui envoyer d'office à l'avenir les documents dans cette langue.

Cette controverse découle directement d'un contentieux herméneutique plus vaste qui porte sur le caractère temporaire ou pérenne des «facilités» accordées dans les communes homonymes. Les deux camps affirment trouver des arguments soutenant leur position dans les travaux préparatoires des lois linguistiques et de la révision constitutionnelle de 1970. Les partisans de la première thèse — qui ne trouve aucun appui dans les textes de loi — invoquent l'esprit qui aurait présidé à l'élaboration des lois linguistiques et aux réformes de l'État postérieures et la volonté du Constituant de mettre en place un multilinguisme de juxtaposition — garantissant des «aires de sécurité linguistique» — renforçant l'unilinguisme régional. Ces droits viseraient à favoriser l'«intégration» des personnes établies en région de langue néerlandaise et ne maîtrisant pas la langue officielle. Ils seraient, par conséquent, nécessairement voués à s'éteindre une fois cet objectif «assimilationniste» atteint. En tant que dérogation à la règle de l'unilinguisme, ils doivent s'interpréter de manière stricte. Les partisans de la seconde thèse s'en réfèrent au texte des dispositions en jeu, à la formulation des droits reconnus qui ne portent nulle restriction semblable. Parmi ceux-

¹³¹ C.C., arrêt n° 26/98, B.3.4 : «l'obligation d'utiliser, dans les communes périphériques, la langue de la région au cours des séances du conseil communal s'applique exclusivement au bourgmestre et aux autres membres du collège des bourgmestre et échevins et ne s'applique donc pas aux autres membres du conseil communal».

ci, d'aucuns estiment que ces droits devraient d'ailleurs s'interpréter largement, eu égard au principe de liberté découlant de l'article 30 de la Constitution. Ces droits auraient constitué le pendant du compromis historique des années 1960 : la « contrepartie » permanente et consubstantielle à la « fixation définitive » de la frontière linguistique et, plus tard, de l'« intégration » des communes périphériques au territoire administratif de la région de langue néerlandaise.

26. Les débats judiciaires autour de la question de la « récurrence » des demandes devant être formulées pour bénéficier des droits linguistiques trouvent leur origine dans les circulaires *Peeters* et *Martens*.

Une première circulaire BA-97/22 est adoptée le 16 décembre 1997, par le Ministre des Affaires intérieures du Gouvernement flamand L. Peeters¹³². Elle concerne l'emploi des langues dans les administrations locales de la région de langue néerlandaise. Elle est adressée aux gouverneurs des provinces flamandes et transmise aux collèges communaux. Elle est ensuite complétée par la circulaire BA-98/03 du Ministre de la Culture, de la Famille et de l'Aide sociale L. Martens qui énonce des instructions similaires pour l'emploi des langues par les Centres publics d'action sociale¹³³. Ces circulaires entendent clarifier ce qui constituerait une application « correcte » des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et se donnent pour justification l'existence d'une « pratique statique » voulant qu'un habitant qui a sollicité des documents en néerlandais — parfois des décennies auparavant —, soit servi dans cette langue « jusqu'à la fin de ses jours »¹³⁴. Cette pratique ne s'accorderait pas avec la portée « dynamique »¹³⁵ de l'expression « selon le désir de l'intéressé »¹³⁶ que contiennent les lois coordonnées. Il est, dès lors, attendu des gouverneurs qu'ils fassent, en tant que première autorité de tutelle des pouvoirs locaux, une « observation rigoureuse » (*stipte naleving*) de la législation linguistique.

Les instructions contenues dans les deux circulaires, et surtout la condition à laquelle elles soumettent le bénéfice des droits linguistiques — la réitération expresse d'une volonté en ce sens à chaque nouvelle interaction

¹³² Omzendbrief BA 97/22 van 16 december 1997 betreffende het taalgebruik in gemeentebesturen van het Nederlandse taalgebied. (<http://binnenland.vlaanderen.be/regelgeving/omzendbrieven/omz16.12.1997.htm>).

¹³³ Omzendbrief WEL-98/01 van 3 februari 1998 betreffende het taalgebruik in de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn van het Nederlandse taalgebied. (<http://binnenland.vlaanderen.be/regelgeving/omzendbrieven/omz3.2.1998.htm>).

¹³⁴ Note du Ministre des Affaires intérieures, citée en C.E., arrêt *Commune de Linkebeek*, n° 75.039, du 10 juillet 1998, p. 3.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Pour les communes périphériques, voy. spéc. lois coordonnées, articles 26 et 28.

entre l'administré et le service concerné ¹³⁷ — ont déclenché un contentieux mettant une nouvelle fois aux prises les représentants politiques des deux grandes communautés du pays. Leurs promoteurs considèrent qu'il n'y a là rien d'autre qu'une conséquence nécessaire de la priorité de la langue administrative de la région, du caractère dérogoire des droits linguistiques et de la nature extinctive de celles-ci. Leurs détracteurs soutiennent qu'à supposer que les droits prévus par les lois linguistiques doivent s'interpréter restrictivement — *quod non* —, la circulaire contestée n'en ajoute pas moins une restriction qui n'y figure pas. Ce faisant, elles modifient ces lois en violation de la compétence fédérale pour l'emploi des langues dans les communes à statut spécial.

27. La jurisprudence administrative relative à ces circulaires s'est déployée en trois temps. Des recours en annulation et demandes de suspension sont introduits devant le Conseil d'État en 1998. Entre le rejet des demandes de suspension ¹³⁸ et les cinq arrêts déclarant les recours irrecevables ¹³⁹, six années s'écoulent. Quatre ans plus tard, la XII^e chambre du Conseil d'État écarte, sans ambiguïté cette fois, les critiques quant à leur légalité dans une affaire concernant l'envoi des convocations électorales en français pour les élections fédérales de 2003 ¹⁴⁰.

En 1998, le Conseil d'État refuse de suspendre l'exécution de la circulaire critiquée, à défaut de démonstration par la commune requérante d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable ¹⁴¹. La commune soulignait notamment que le revirement dans l'interprétation des modalités concrètes de mise en œuvre des facilités linguistiques allait générer une augmentation de la charge de travail — puisqu'elle pouvait auparavant se contenter d'une manifestation de volonté unique — et augmenter le besoin en personnel administratif. Le Conseil d'État juge «incontestable» que ce changement aura une série de conséquences sur le travail quotidien des administrations. Ces services pourraient être contraints, en raison d'une nouvelle manifestation de volonté du particulier à devoir réécrire certains documents ¹⁴². Il estime que la partie requérante n'apporte cependant

¹³⁷ La circulaire donne l'exemple concret de l'avertissement-extrait de rôle. Les administrés qui ont sollicité un exemplaire français d'un document sont, ultérieurement, à nouveau interpellés en néerlandais. Ils peuvent alors, pour autant que nécessaire, requérir une nouvelle fois un formulaire en français (voy. la circulaire précitée, *sub* I.3).

¹³⁸ C.E., arrêt *Commune de Linkebeek*, n° 75.039, du 10 juillet 1998.

¹³⁹ C.E., arrêt *Commune de Kraainem*, n° 138.860; arrêt *Grégoire*, n° 138.861; arrêt *Commune de Linkebeek*, n° 138.862; arrêt *Bolle, Buytaers et Lenders*, n° 138.863 et arrêt *C.P.A.S. de Linkebeek et Coppette*, n° 138.864, du 23 décembre 2004.

¹⁴⁰ C.E., arrêt *Commune de Wezembeek-Oppeem*, n° 184.353, du 19 juin 2008.

¹⁴¹ Lois coordonnées sur le Conseil d'État, art. 17, §2, al. 1^{er}.

¹⁴² C.E., arrêt *Commune de Linkebeek*, n° 75.039, du 10 juillet 1998, 6.3.4.2.

aucune donnée concrète permettant de se faire une idée du volume de travail que représente une telle réorganisation ¹⁴³.

Plus de six années s'écoulent avant que le Conseil d'État ne se prononce, dans cinq arrêts du 23 décembre 2004, sur l'ensemble des recours initiés par des particuliers, habitants des communes périphériques, ainsi que par certaines communes et C.P.A.S. Il les juge irrecevables pour défaut d'intérêt à agir ¹⁴⁴. Il estime que si des circulaires ministérielles ne peuvent, en principe, être l'objet d'un recours en annulation — elles n'ont pas la capacité de modifier l'ordre juridique —, celles attaquées visent l'application des lois linguistiques et ont pour but de mettre fin à une pratique administrative fondée sur une interprétation de leur contenu prétendument erronée. Cependant, il appert qu'une autre interprétation des dispositions légales et une pratique administrative concordante existaient depuis longtemps. Et au vu de leur portée générale et de leur caractère contraignant, ces circulaires ne peuvent pas être écartées de la catégorie des actes annulables ¹⁴⁵. Le Conseil d'État considère, par conséquent, qu'il n'a guère d'autre possibilité que d'examiner la conformité de ces interprétations divergentes, pour pouvoir se prononcer sur la recevabilité du recours. Par ailleurs, l'existence d'un intérêt au recours est liée à la légitimité de la pratique administrative et de l'interprétation sur laquelle elle repose, que la requérante souhaite voir maintenues ¹⁴⁶. Le traitement des exceptions soulevées par la Région et la Communauté flamande nécessite, donc, d'examiner ces interprétations concurrentes des lois coordonnées ¹⁴⁷.

Les parties requérantes soulignaient que leur interprétation, et la pratique qui y est attachée, sont établies par l'article 129, §2, 1^{er} tiret, de la Constitution et que, partant, elles ne pouvaient plus être modifiées qu'en recourant à une loi spéciale. Le Conseil d'État rejette ces prétentions. La disposition précitée — jugée « claire » dans sa formulation — ne fait allusion qu'aux règles sur l'emploi des langues en matière administrative : elle ne s'applique pas à une interprétation déterminée, même prétendument univoque, qui en serait donné. En tout état de cause, il n'a pas été démontré

¹⁴³ *Ibid.*, 6.3.4.3.

¹⁴⁴ C.E., arrêt *Commune de Kraainem*, n° 138.860; arrêt *Grégoire*, n° 138.861; arrêt *Commune de Linkebeek*, n° 138.862 et arrêt *Bolle, Buytaers et Lenders*, n° 138.863, du 23 décembre 2004; arrêt *C.P.A.S. de Linkebeek et Coppette*, n° 138.864, du 23 décembre 2004. Sur cet arrêt ainsi que les quatre autres cités à la note précédente, voy. e.a. J. CLEMENT, « Omzendbrief-Peeters : Raad van State bevestigt institutionele basisgegevens van het land », *T.B.P.*, 2005, pp. 57-65; *Id.*, « Waarom de Grondwetgever geen etnograaf is », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 414-421.

¹⁴⁵ C.E., arrêt *Commune de Kraainem*, n° 138.860, du 23 décembre 2004, §4.2;

¹⁴⁶ *Ibid.*, §4.3.

¹⁴⁷ *Ibid.*, §4.4.

que les circulaires avaient pour but de modifier le texte même des lois coordonnées ¹⁴⁸.

Les requérantes soutenaient également que les lois coordonnées obligeraient les administrations locales à utiliser la langue du particulier, pour autant que celle-ci soit le néerlandais ou le français. Lorsqu'ils ignorent cette langue, le particulier doit être informé en néerlandais. Les communes périphériques auraient toujours interprété les expressions «la langue que l'intéressé utilise» (article 25 des lois coordonnées) et «selon le désir de l'intéressé» (articles 26 et 28 des lois coordonnées) comme n'impliquant pas systématiquement d'employer d'abord le néerlandais, à tout le moins lorsque le service sait que la langue de la personne est le français.

En ce qui concerne les «rapports avec les particuliers», le Conseil d'État conclut que la circulaire Peeters entend s'ériger contre la pratique consistant, sur la base de l'une ou l'autre forme d'inscription, à utiliser en permanence le français sans que son emploi ne soit sollicité par une demande expresse et répétée. À l'inverse, elle ne semble pas vouloir empêcher qu'une administration réponde en français à un courrier envoyé dans cette langue, ou qu'un dossier ouvert à la suite de ce courrier soit traité dans la même langue. La circulaire ne contiendrait, donc, aucune interprétation des termes «la langue que l'intéressé utilise» qui rentrerait dans le cadre du litige ¹⁴⁹. En ce qui concerne les «certificats, déclarations et autorisations» et les «actes», le Conseil d'État considère que la portée des dispositions législatives doit être envisagée dans le contexte plus large de la réglementation linguistique en Belgique. Il juge que, pour être admissible, l'interprétation des droits linguistiques doit se conformer au statut préférentiel de la langue néerlandaise dans les communes concernées. L'interprétation «large» soutenue par les requérantes et la pratique administrative qu'elle fonde aboutiraient à un «système de bilinguisme», par lequel la préférence linguistique des personnes est reprise dans des fichiers. L'intérêt que les requérantes pourraient avoir au recours repose par conséquent sur une interprétation irréconciliable avec les lois coordonnées, alors que, l'interprétation exprimée par les circulaires serait compatible avec les termes «selon le désir de l'intéressé» ¹⁵⁰.

28. Deux affaires introduites suite aux élections fédérales du 18 mai 2003 allaient toutefois ramener la circulaire Peeters au centre de débats juridiques. Ce n'est cependant plus la circulaire elle-même qui faisait l'objet des recours en annulation, mais bien deux arrêtés du Ministre flamand des

¹⁴⁸ *Ibid.*, §4.4, *in fine*.

¹⁴⁹ C.E., arrêt *Commune de Kraainem*, n° 138.860, du 23 décembre 2004, §4.5.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Affaires intérieures qui en appliquaient le contenu dans le domaine des opérations électorales. Les faits portaient sur une série de décisions adoptées par le collège des bourgmestre et échevins de la commune de Wezembeek-Oppem, en vue de la préparation des élections. En vue des élections à venir, le Ministre avait expressément requis que la législation linguistique soit appliquée strictement et que les convocations soient uniquement envoyées en néerlandais. Sur demande individuelle expresse, une traduction française était mise à la disposition des administrés ¹⁵¹. Le collège préféra toutefois s'en tenir aux instructions émanant du Ministre fédéral des Affaires intérieures, selon lesquelles les convocations devaient être dressées dans la langue du particulier ¹⁵².

La commune développait deux moyens devant le Conseil d'État. Le premier invoquait, principalement, l'article 129, §2, de la Constitution. S'agissant des élections fédérales, l'autorité communale, en tant qu'autorité déconcentrée agissant dans une matière d'intérêt général, devrait suivre les lignes directrices données par le Ministre fédéral. Seul le législateur fédéral serait compétent, à la majorité spéciale, pour régler l'emploi des langues dans une commune périphérique ¹⁵³. Le second moyen reposait principalement sur une violation alléguée de l'article 25 des lois coordonnées.

Le Conseil d'État juge les deux moyens non fondés. La circulaire tend à mettre fin à une pratique qui heurte la Constitution et le statut préférentiel qu'elle confère, dans les communes périphériques, à la langue néerlandaise, dont il se déduit une «interprétation nécessairement restrictive» du droit d'y employer le français ¹⁵⁴. L'interprétation donnée par la circulaire est compatible avec la législation linguistique en matière administrative. Quant à la réserve de compétence formulée par l'article 129 au profit de l'autorité fédérale, le Conseil d'État renvoie à ses arrêts de 2004. Cet article ne vise que les «règles» relatives à l'emploi des langues en matière administrative, ce qui n'inclurait pas leur interprétation, et de toute manière la circulaire ne semble pas avoir «pour but de modifier le texte même des [lois coordonnées]» ¹⁵⁵. La compétence exclusive de l'autorité fédérale pour «régler» ne ferait pas obstacle à ce que la Communauté flamande «interprète» l'article 25 des lois coordonnées différemment d'un membre du gouvernement fédéral ¹⁵⁶.

¹⁵¹ C.E., arrêt *Commune de Wezembeek-Oppem*, n° 184.353, du 19 juin 2008, §1.

¹⁵² Circulaire ministérielle du 16 avril 2003, Instructions administratives aux présidents des bureaux de vote utilisant le vote automatisé, *M.B.*, 18 avril 2003. Voy. dans le même sens la circulaire ministérielle du 4 août 1987 (*M.B.*, 14 août 1987).

¹⁵³ C.E., *Commune de Wezembeek-Oppem*, §17.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §21.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §22.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §22, *in fine*.

Le Conseil d'État juge donc l'interprétation donnée aux lois coordonnées par le Gouvernement flamand compatible avec la législation fédérale. Il confirme l'ancrage constitutionnel (articles 4 et 129) de l'interprétation restrictive des droits linguistiques, conforme au statut préférentiel de la langue officielle dans les communes des régions unilingues. L'interprétation donnée par la circulaire attaquée est bien compatible avec les lois coordonnées. Toute autre interprétation aboutirait à la mise en place de fichiers ou de listes reprenant l'appartenance linguistique de ces personnes, ce qui contredirait le droit à la vie privée ¹⁵⁷.

La conclusion ne devrait pas surprendre. Si les droits des minorités linguistiques ont initialement façonné l'élaboration de certaines règles répartitrices de compétences au sein de l'État fédéral belge, sans être inscrits pour autant dans la Constitution, ce «modèle» a pour conséquence que la seule manière d'infléchir la portée des droits se trouve aujourd'hui dans l'interprétation des règles répartitrices de compétences. Dans cette optique, les droits des minorités sont condamnés à n'apparaître que comme autant de dérogations à un unilinguisme de principe, et par ce fait à être interprétés de manière toujours plus restrictive. Le Conseil d'État, sans se départir de sa ligne jurisprudentielle antérieure, avalise très explicitement la lecture des droits linguistiques défendue par le Gouvernement flamand. Le gouvernement d'une communauté peut ainsi interpréter «différemment» les dispositions matérielles des lois coordonnées que le gouvernement fédéral.

II.2. — Les droits des minorités comme objet de la répartition des compétences

29. La description des interactions entre la protection des droits des minorités et les règles de répartition des compétences ne peut manquer de s'arrêter sur une dernière configuration possible. Les droits des minorités peuvent, en effet, parfois être qualifiés d'objet des règles répartitrices de compétences lorsque ces règles confient directement et expressément la protection de droits particuliers à l'autorité fédérale.

Plusieurs types d'aménagements constitutionnels répondent à cette approche dans les deux États étudiés. Dans tous les cas, le Constituant permet à l'autorité fédérale d'intervenir dans des domaines ne relevant *a priori* pas de ses pouvoirs.

On assiste ici à ce qui peut être perçu comme une rupture avec les fondements du fédéralisme : l'égalité des collectivités composant la fédération

¹⁵⁷ Quant à l'existence de voies plus conciliantes permettant de résoudre ce conflit de droits, voy. N. BONBLED, *op. cit.*, n° 700.

et l'autonomie de celles-ci dans l'exercice de leurs compétences¹⁵⁸. L'autorité fédérale se voit expressément attribuer la compétence d'intervenir, de manière facultative ou obligatoire, pour protéger certains droits décisifs pour la protection des minorités¹⁵⁹. Il s'agit de rétablir, au niveau fédéral, une forme d'égalité dans la jouissance de droits dont la reconnaissance a conditionné la conclusion du pacte fédéral ou d'un accord sur une orientation nouvelle et significative dans la définition de ses termes. Cette attribution de compétence n'opère donc pas dans le vide : l'entorse faite aux principes de partage des pouvoirs — l'ingérence de l'autorité fédérale dans ce qui constitue très largement une compétence fédérée — est étroitement liée à la protection de garanties figurant soit directement dans le texte constitutionnel, soit dans des normes législatives, et qui imposent des limites substantielles à l'exercice des compétences fédérées. Au moins trois illustrations peuvent en être trouvées en droit constitutionnel belge et canadien. On les évoque brièvement¹⁶⁰.

30. Les droits relatifs aux écoles confessionnelles catholiques et protestantes au Canada offrent un premier exemple de ce phénomène, et spécialement le pouvoir d'intervention de l'autorité fédérale dans la sphère de compétence provinciale, qui figure toujours à l'article 93 de la

¹⁵⁸ Voy. e.a. F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, «L'égalité, mesure du fédéralisme», in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (eds.), *Le fédéralisme dans tous ses états — Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruxelles-Cowansville, Bruylant-Yvon Blais, 2005, pp. 196-200.

¹⁵⁹ Protéger certains droits... ou certains groupes minoritaires. Dans ce cas, il ne s'agit plus de prévenir ou de pallier les violations de droits, carences ou discriminations dont se rendraient responsables les collectivités fédérées à l'égard des minorités, au prix d'une «ingérence» dans certaines de leurs attributions. L'ampleur des limitations apportées à l'exercice des compétences fédérées n'est donc plus subordonnée à l'interprétation plus ou moins généreuse que donnent les pouvoirs fédéraux des droits qui leur sont confiés et des facultés d'intervention qui y sont attachées. Ici, le sort plus ou moins acceptable réservé à un groupe et ses membres est expressément confié à l'autorité fédérale, qui exerce cette compétence comme n'importe quelle autre et doit donc composer avec le respect des prérogatives des collectivités fédérées. On songe évidemment au cas des peuples autochtones au Canada et aux États-Unis (pour le Canada, voy. l'article 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 qui attribue à l'autorité fédérale la compétence sur «[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens»). Il s'agit sans aucun doute de la forme la plus poussée de «personnalisme» que l'on rencontre. La dimension territoriale de cette attribution de compétence n'est évidemment pas absente, puisque c'est généralement sur le seul territoire des réserves que s'applique la législation qui en découle. Même si les techniques constitutionnelles utilisées dans ce cas présentent de nombreux points de comparaison avec celles étudiées ici, le cadre limité de la présente étude ne permet pas de les exposer de manière détaillée.

¹⁶⁰ Pour une étude de ces mécanismes et de leur application, voy. N. BONBLED, *Les droits des minorités et la répartition des compétences dans les États fédéraux*, op. cit.

Loi constitutionnelle de 1867¹⁶¹ mais auquel il n'est plus recouru depuis longtemps.

S'inscrivant dans le cadre de l'attribution de la compétence pour l'éducation aux provinces, cette disposition fut l'une des pierres angulaires du compromis fédéral qui donna naissance à l'actuel État canadien. Il entendait protéger les minorités religieuses dans l'ensemble des futures provinces, mais fut essentiellement façonné pour protéger celles du Québec et de l'Ontario. L'article 93(1) se présente comme une clause dont la portée est formulée en des termes larges. Les minorités qu'elle protège sont toutes les catégories de personnes auxquelles ont été accordés des droits spécifiques en matière de «confessionnalité scolaire» avant que la province concernée n'entre dans la fédération. La technique utilisée par l'article 93(1), qui vise le maintien de droits acquis, consiste à opérer un renvoi à ces législations pré-fédérales. Son champ d'application territorial concerne potentiellement toute province. Son champ d'application matériel englobe l'enseignement tant primaire que secondaire et les protections peuvent parfois dépasser les limites des aspects strictement confessionnels de l'éducation. Rien n'empêche par ailleurs les provinces d'instaurer des protections plus généreuses. Dans les faits toutefois, c'est un régime de protection très asymétrique que crée l'article 93(1) : puisque c'est exclusivement pour les provinces du Québec et de l'Ontario que cette garantie présente un intérêt, s'agissant des seules où de tels «droits et privilèges» existaient dans les législations pré-fédérales.

À côté de ce qui s'analyse, donc, comme des limites à l'exercice des compétences provinciales en matière d'éducation, l'article 93(3)-(4) met en place un «pouvoir de remédiation» rendant possible l'intervention directe de l'autorité fédérale dans un domaine dont elle se trouve en principe exclue. Ici encore, il s'agit de protéger les minorités «protestante ou catholique romaine» des différentes provinces. Le paragraphe (3) institue à leur profit un droit d'appel au gouvernement fédéral à l'égard des lois provinciales qui remettraient en cause les droits pré-fédéraux, mais également à l'égard de celles qui reviendraient sur des droits ultérieurement acquis, auxquels s'attache ainsi une forme d'effet de «cliquet». Le paragraphe (4) autorise de

¹⁶¹ Sur cette disposition voy. e.a. J.-P. PROULX et J. WOEHLING, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867», 31 *R.J.T.*, 1997, pp. 399-510; P. CARIGNAN, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario — Un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992; ID., «La place faite à la religion dans les écoles publiques par la loi scolaire de 1841», 17 *R.J.T.*, 1982-1983, pp. 9-79; ID., «La raison d'être de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière de la législation préexistante en matière d'éducation», 20 *R.J.T.*, 1986, pp. 375-455; G. PÉPIN, «L'article 93 de la Constitution et les droits relatifs à la confessionnalité des écoles du Québec», 48 *R. du B.*, 1988, pp. 433 et s.

son côté le parlement fédéral non seulement à pallier l'inaction d'une province qui, ce faisant, manquerait à ses obligations en vertu de l'article 93, mais également à adopter des «lois réparatrices» dès lors qu'une initiative provinciale porterait atteinte aux droits garantis. Bien que toujours en vigueur, l'intérêt théorique du mécanisme d'intervention semble toutefois inversement proportionnel au nombre d'applications auxquelles il a effectivement donné lieu, et dont la plus notable remonte à la fin du XIXe siècle.

Les droits reconnus exclusivement à certaines religions ont, quant à eux, plus récemment posé de délicates questions de conciliation avec le principe d'égalité et de non-discrimination, comme l'ont montré les affaires *Adler* puis *Waldman* dans les années 1990 et les critiques subséquentes du Comité des droits de l'Homme au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

31. Dans son interprétation des droits spécifiques figurant à l'article 93, la jurisprudence de la Cour suprême a largement ménagé l'équilibre fédéral qui les fonde. Elle a fait reposer leur justification sur une forme de «théorie du compromis politique»¹⁶², qui insiste sur le contexte historique et politique de son énonciation.

La question de la compatibilité de ces droits spécifiques avec les droits universels s'est notamment posée dans l'affaire *Adler*. Cette affaire soulignait le fait que les adhérents d'autres groupes religieux ne peuvent bénéficier d'un traitement comparable¹⁶³. Parmi les appelants, on retrouvait des parents qui, en raison de leurs croyances religieuses, envoyaient leurs enfants dans des écoles confessionnelles privées. Une partie des enfants fréquentaient des externats juifs, d'autres étaient inscrits dans des écoles chrétiennes indépendantes. Aucune de ces écoles ne recevait de fonds gouvernementaux : leur financement reposait exclusivement sur des frais de scolarité et des dons des communautés religieuses. Les appelants demandaient que cette absence de financement soit déclarée inconstitutionnelle.

À propos de la critique fondée sur la liberté de religion, une majorité de cinq juges de la Cour suprême rappelle que «[l']article 93 est le fruit d'un compromis historique qui a été une étape décisive du cheminement qui a abouti à la Confédération»¹⁶⁴. Puisqu'il s'agit d'un «fruit des exigences de

¹⁶² On recourt à cette expression par commodité de langage, la Cour ne l'ayant jamais utilisé.

¹⁶³ La Cour de justice de l'Ontario avait conclu que la loi portait atteinte à la liberté de religion et au droit à l'égalité mais que cette atteinte était justifiée et proportionnée au sens de l'article 1^{er} de la Charte. En appel, il avait été jugé que la liberté de religion n'était pas violée parce qu'elle ne fait pas peser sur les autorités publiques une obligation positive de soutenir financièrement la pratique religieuse d'une personne. Voy. C.A.O., *Adler c. Ontario*, [1994] 19 O.R. (3d).

¹⁶⁴ C.S.C., *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, §29.

l'histoire», il ne constitue pas «une garantie de libertés fondamentales»¹⁶⁵ et sa portée ne saurait être élargie par l'application de la Charte canadienne des droits et libertés. En juger autrement reviendrait à conclure qu'une partie de la Constitution en viole une autre¹⁶⁶. Quant aux critiques fondées sur le non-respect de l'égalité, une double discrimination était alléguée par les appelantes : entre les écoles catholiques romaines et les autres écoles confessionnelles, d'une part, et entre les écoles confessionnelles privées et les écoles publiques, de l'autre. S'agissant de la première, deux motifs subsidiaires peuvent asseoir la constitutionnalité de la mesure. En premier lieu, l'option du législateur est visée par l'article 29 de la Charte, qui soustrait les droits garantis aux écoles confessionnelles à toute contestation fondée sur celle-ci. En second lieu, elle échappe à l'emprise de la Charte au motif qu'elle a été adoptée conformément au pouvoir «absolu» en matière d'éducation accordé par la disposition liminaire de l'articles 93 aux législateurs provinciaux dans le cadre du compromis fédéral et qu'une partie de la Constitution ne peut en invalider une autre¹⁶⁷. Concernant la seconde différence de traitement critiquée, la Cour fait rentrer le système d'écoles publiques ontarien dans le «code complet» de l'article 93 dont ils feraient «partie intégrante». Ce système serait «implicitement, mais néanmoins clairement» prévu par l'article 93(1)¹⁶⁸. La Cour n'exclut cependant pas que le législateur provincial puisse éventuellement élargir les droits au financement accordés aux écoles confessionnelles catholiques aux établissements d'autres confessions.

32. Trois ans plus tard, la même problématique fut examinée, au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies. Un citoyen canadien de confession juive résidant en Ontario soutenait que le financement des seules écoles catholiques équivalait à une violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, estimant qu'à partir du moment où les autorités reconnaissent le droit à un financement public de l'enseignement religieux, elles ne peuvent distinguer entre les personnes en fonction la nature de leurs convictions. Il invoquait également les articles 18 (droit d'assurer une éducation religieuse à ses enfants) et 27 du Pacte (en insistant sur l'importance des écoles séparées pour la pratique religieuse, la sauvegarde de l'identité de la communauté et la survie des groupes religieux minoritaires)¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Ibid.*, §30.

¹⁶⁶ *Ibid.*, §§31-35.

¹⁶⁷ C.S.C., *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, §§36-39.

¹⁶⁸ *Ibid.*, §§45-46.

¹⁶⁹ Comité D.H., *Waldman c. Canada*, §§3.1-5.

Le Comité des droits de l'Homme souligne d'emblée que «le fait qu'une distinction soit inscrite dans la Constitution ne la rend pas pour autant raisonnable et objective». Il conclut qu'«il ne semble pas que les membres de la communauté catholique, ou certains membres identifiables de cette communauté, se trouvent actuellement dans une position défavorisée par rapport aux membres de la communauté juive qui souhaitent que leurs enfants soient élevés dans une école religieuse»¹⁷⁰. Le problème ne réside pas dans l'absence de financement des écoles privées, confessionnelles ou non, mais dans le fait que «les personnes se réclamant d'une religion autre que la religion catholique n'ont pas la possibilité d'intégrer leurs écoles religieuses au système scolaire public»¹⁷¹. Sans qu'il lui soit nécessaire d'examiner les griefs fondés sur les articles 18 et 27 du Pacte, combinés avec le premier paragraphe de son article 2, le Comité constate une violation du droit de bénéficier d'une protection égale et efficace contre toute discrimination.

Il n'est guère surprenant d'observer que l'argument «hiérarchique», tendant à immuniser les droits spécifiques au nom de leur statut constitutionnel, n'emporte pas la conviction du Comité. Que la mesure nationale critiquée trouve son siège dans un règlement, une loi ou dans la Constitution, le droit international ne la considère pas moins comme un état de «fait», susceptible d'être critiqué ou contredit sur la base des obligations internationales contractées par l'État. La justification de ces régimes particuliers au nom d'un compromis fédéral ne semble pas davantage susceptible d'émouvoir le Comité.

33. Une deuxième illustration peut être trouvée dans le régime de protection des droits des minorités idéologiques et philosophiques¹⁷² en Belgique, et spécialement la compétence revenant au législateur fédéral en vertu de l'article 131 de la Constitution, pour ce qui concerne la prévention des discriminations à leur égard. Ce qui différencie les deux premiers exemples, en termes de «technique constitutionnelle», est le statut des normes de référence par rapport auxquelles l'intervention fédérale est tolérée. Dans le cas précité des écoles confessionnelles au Canada, les garanties sont mentionnées dans le texte constitutionnel lui-même, mais fonctionnent avec un renvoi vers des législations pré-fédérales. Dans le cas des minorités idéologiques et philosophiques, l'article 131 de la Constitution belge opère

¹⁷⁰ *Ibid.*, § 10.4.

¹⁷¹ *Ibid.*, § 10.5.

¹⁷² Sur la définition des minorités visées par cette expression et les droits qui leur sont reconnus, voy. e.a. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, vol. 2; N. BONBLED et P. VANDERNOOT, «Les droits des minorités», *op. cit.*, pp. 1637-1819, spéc. pp. 1748 et s.

différemment. Il se contente, avec une formule sibylline, d'attribuer une compétence particulière à l'autorité fédérale, de prévention des discriminations à l'égard de ces minorités ¹⁷³. Il lui intime l'obligation d'adopter des normes à cet effet ¹⁷⁴.

Dans l'état actuel du droit positif belge, deux mesures d'application de l'article 131 ont été adoptées.

L'une, de nature plus procédurale ou «institutionnelle», communément appelée «sonnette d'alarme idéologique et philosophique», confère au législateur fédéral la possibilité de juger de l'éventuel caractère discriminatoire de décrets communautaires ¹⁷⁵. Une motion motivée et signée par au moins un quart des membres d'un Parlement de communauté peut déclarer que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de décret — dont l'assemblée est saisie dans toutes les matières (communautaires) de sa responsabilité ¹⁷⁶ — contiennent une discrimination pour des raisons idéologiques ou philosophiques. Pour être recevable, la motion doit être introduite après le dépôt du rapport et avant le vote final en séance publique ¹⁷⁷. Un «collège des présidents», réunissant les présidents de la Chambre, du Sénat et des Par-

¹⁷³ Cette compétence «interventionniste» doit néanmoins être combinée avec le pouvoir des communautés qui leur est conféré par l'article 11 pour lutter contre les discriminations et garantir «notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques». Par conséquent, dans le respect du «système global de répartition des compétences qui préside aux relations entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions» (C.E. (A.G.), avis du 24 mars 2005, précité, p. 4), les communautés peuvent adopter des modalités d'application et des règles complétant les lois fédérales qui protègent les minorités idéologiques et philosophiques, pour autant qu'elles demeurent compatibles avec ces lois (C.E., avis du 8 juin 1990, *Doc. parl.*, VI. Parl., zit. 1989-1990, n° 349/2). Il leur est par contre interdit «de les contredire, d'y déroger ou de les modifier» (Deuxième consultation du professeur H. Dumont au sujet du respect de la loi du Pacte culturel par un avant-projet de décret relatif à la composition et au fonctionnement des instances d'avis œuvrant dans le secteur culturel, *Doc. parl.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 346/1, p. 7; H. DUMONT, *op. cit.*, vol. 2, pp. 40 et 116).

¹⁷⁴ La section de législation du Conseil d'État l'a confirmé à plusieurs reprises : «l'article 131 de la Constitution confie au législateur fédéral le pouvoir de prendre les mesures nécessaires à la protection des minorités idéologiques et philosophiques existant au sein de chacune des communautés. Il lui en fait même une obligation, dont l'exercice restreint les compétences des communautés» (e.a. C.E. (A.G.), avis du 24 mars 2005, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1572/2, p. 4; avis du 13 février 1978, *Doc. parl.*, P.C.F., sess. ord. 1977-1978, n° 16; avis du 8 juin 1990, *Doc. parl.*, VI. Parl., zit. 1989-1990, n° 349/2; avis du 18 septembre 1990, *Doc. parl.*, VI. Parl., zit. 1990-1991, n° 522/1).

¹⁷⁵ Voy. les articles 4 à 6 de la loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise. Voy. égal. la loi du 21 juillet 1971 relative à la compétence et au fonctionnement des conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise. Pour ce qui concerne la Communauté germanophone, voy. loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles, articles 73-75.

¹⁷⁶ H. DUMONT, *op. cit.*, vol. 2, n° 560, p. 44. Elle ne s'applique dès lors pas au Parlement flamand, lorsqu'il exerce les compétences de la Région flamande. *Contra*, X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁷ Article 4 de la loi du 3 juillet 1971.

lements des Communautés, contrôle ensuite la recevabilité de la motion. Si elle est déclarée recevable, l'examen des dispositions critiquées est suspendu et le texte litigieux est déféré aux Chambres «qui statuent sur la motion quant au fond»¹⁷⁸. Ce mécanisme rend donc possible une forme de «tutelle» des Chambres fédérales sur les communautés. Malgré son intérêt théorique, il n'a donné lieu qu'à une poignée d'applications, en définitive assez décevantes¹⁷⁹.

L'autre mesure adoptée sur le fondement de l'article 131 de la Constitution, la loi dite du «Pacte culturel»¹⁸⁰, pose le cadre juridique d'une certaine compréhension du principe de pluralisme, principalement dans les matières culturelles. Elle s'articule autour de la reconnaissance de deux droits distincts. Un droit à l'égalité et à la non-discrimination, d'abord, qui bénéficie à toute organisation ou groupement, qu'il se réclame ou non d'une tendance ou conviction particulière, à la fois dans l'octroi de subventions par les autorités publiques et dans l'utilisation des infrastructures culturelles¹⁸¹. Des droits de participation, ensuite, qui opèrent à quatre niveaux différents : l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques culturelles, la gestion des services publics culturels, l'utilisation et la gestion des moyens d'expression relevant des pouvoirs publics (radios et télévisions publiques¹⁸², périodiques d'information des collectivités locales, ...) et la composition du personnel des services publics culturels¹⁸³. Ils peuvent être lus comme autant de droits spécifiques en ce qu'ils ne bénéficient qu'à certains courants idéologiques ou philosophiques représentatifs, qui tendent

¹⁷⁸ Article 5 de la loi du 3 juillet 1971.

¹⁷⁹ Comme l'a montré H. DUMONT, les rares motions (quatre en trente ans) introduites sur base de la loi de 1971 ont été soit, dans un cas, déclarées non fondées sur la base d'une argumentation juridique douteuse soit, dans trois cas, bloquées au stade de la recevabilité par le collègue des présidents pour des considérations relatives au fond des projets ou propositions examinées, dont l'appréciation revenait pourtant aux Chambres. Ces stratégies d'évitement présentaient l'avantage «d'éviter un arbitrage des Chambres législatives jugé attentatoire à l'autonomie culturelle» (H. DUMONT, *op. cit.*, vol. 2, n° 557, p. 56).

¹⁸⁰ Loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques.

¹⁸¹ Ces infrastructures sont définies par les travaux préparatoires comme «tout support matériel, mobilier ou immobilier, sur lequel se greffe une activité culturelle, par exemple une plaine de sport, un théâtre [ou] une maison de la culture» (*Doc. parl.*, Ch., 1972-1973, n° 633/2, p. 4). Le critère décisif est celui de la nature de l'activité qui y est déployée (H. DUMONT, *op. cit.*, vol. 2, n° 761, p. 261).

¹⁸² L'article 18 de la loi consacre ainsi un «droit d'antenne» en énonçant que «[c]haque tendance idéologique et philosophique représentée dans un [Parlement de communauté] doit avoir accès aux moyens d'expression relevant des pouvoirs publics de la communauté concernée».

¹⁸³ Sur la question de la composition du personnel des services publics culturels, voy. cependant l'arrêt de la Cour constitutionnelle jugeant l'article 20 de la loi du 16 juillet 1973 incompatible avec la règle de l'égalité entre les individus (C.C., arrêt n° 65/93, B.5). *Adde* : C.C., arrêt n° 47/99, 20 avril 1999.

souvent en pratique à s'identifier largement aux partis politiques traditionnels (socio-chrétiens, libéraux et socialistes).

34. Une troisième illustration de la configuration dans laquelle des règles répartitrices de compétences confient directement la protection de droits particuliers à l'autorité fédérale peut être décelée dans la protection des droits des minorités religieuses et philosophiques en matière d'enseignement en Belgique. Certes, l'autorité fédérale n'a pratiquement plus aucun pouvoir en la matière depuis l'approfondissement de la communautarisation de l'enseignement en 1988. Mais pendant une quinzaine d'années, *grosso modo* entre 1970 et 1988, elle s'est vue, au titre d'exception à la compétence communautaire, réserver celle d'assurer la «paix scolaire». Et cette réserve de compétence ne prenait sens elle aussi que par référence à une loi pré-fédérale : la loi dite du «Pacte scolaire»¹⁸⁴.

35. En 1970, l'enseignement est d'abord partiellement communautarisé¹⁸⁵. L'article 59bis, §2, 2°, introduit par la révision constitutionnelle du 24 novembre 1970, prévoit un mécanisme de protection des minorités spécifique à la matière de l'enseignement, en jouant une fois encore sur la répartition des compétences. Il confie certes aux communautés la responsabilité de régler l'enseignement mais «à l'exclusion de ce qui a trait à la paix scolaire, à l'obligation scolaire, aux structures de l'enseignement, aux diplômes, aux subsides, aux traitements, [et] aux normes de population scolaire».

La responsabilité pour la «paix scolaire», avait pour effet de réserver toute modification de la loi du Pacte scolaire et des normes connexes au législateur fédéral, mais aussi d'intervenir dans d'autres matières dont cette loi réglait l'un ou l'autre aspect. Ainsi peut-on, par exemple, lire dans un avis du Conseil d'État que le transport scolaire a été considéré, dès l'approbation de la révision constitutionnelle «comme l'un des éléments de la matière de l'enseignement qui touchait à la paix scolaire»¹⁸⁶. L'article 4 de la loi du 29 mai 1959 obligeait l'État à ouvrir une école ou assumer les frais de transport là où les parents ne trouvaient pas, à distance raisonnable, un

¹⁸⁴ Loi du 29 mai 1959 modifiant la législation relative à l'enseignement gardien, primaire, moyen, normal, technique et artistique.

¹⁸⁵ Voy. e.a. C. SALMON, «La communautarisation de l'enseignement», *C.H. CRISP*, 1986, n° 1121; J. BOURTEMBOURG, «L'enseignement et la communautarisation», *A.P.T.*, 1988, pp. 183-199; J. DE GROOF, *La révision constitutionnelle de 1988 et l'enseignement — La paix scolaire et son application*, Bruxelles, CEPES, Story-Scientia, 1990; «Federalisering van het onderwijs», *T.B.P.*, 1990 (numéro spécial); F. DELPÉRÉE, «Constitution et enseignement», *A.P.T.*, 1989, pp. 220-222; M. LEROY, «La communautarisation de l'enseignement», *J.T.*, 1989, pp. 71-74; L. VENY, «Onderwijs en Grondwet. De nieuwe grondwetsbepalingen inzake onderwijs», *T.B.P.*, 1988, pp. 573-601.

¹⁸⁶ C.E., avis du 28 novembre 1980, *Doc. parl.*, Ch., 1980-81, n° 734/1, p. 6.

enseignement conforme à leurs convictions. Il était alors indubitable qu'un projet de loi «portant création du service national de transport scolaire» rentrait, par son objet, dans la compétence du législateur fédéral¹⁸⁷.

Les termes de ce partage des pouvoirs ont été interprétés par le Conseil d'État (Section de législation) dans les années suivantes en manière telle que la portée des exceptions fédérales réduisait à portion congrue l'attribution aux communautés de principe et, partant, la marge de manœuvre réelle des législateurs fédérés¹⁸⁸. Cette interprétation pré-fédéraliste, de nature «centripète»¹⁸⁹ ou «unitaire», mettait l'accent sur des liens directs ou indirects avec les exceptions fédérales¹⁹⁰. Elle n'a toutefois guère pu contrer une progressive différenciation de fait des réglementations scolaires, prenant ainsi le pas sur les constructions qui allaient, plus tard, la refléter juridiquement¹⁹¹. Une unité de la réglementation de plus en plus théorique, couplée à des disparités de plus en plus marquées dans sa mise en œuvre, allaient progressivement avoir raison du partage de compétence né de la première réforme de l'État.

36. Le milieu des années 1980 allait être l'occasion d'une traduction juridictionnelle de l'évolution des mentalités et d'une redéfinition de l'équilibre des pouvoirs en matière d'enseignement. Un des premiers arrêts rendus par la Cour constitutionnelle¹⁹² — alors Cour d'arbitrage — apporte ainsi de solides nuances à l'interprétation «unitaire» du Conseil d'État, se départissant par la même occasion d'une appréhension du concept de «paix scolaire» jugée «statique» par certains¹⁹³. Jugé ainsi que «[l]es [Parlements] de communauté ont, en vertu de [l'article 59bis, §2, 2°, de la Constitution], la plénitude de compétence pour édicter des normes en matière d'enseignement, dans la plus large acception du terme, à l'exclusion de ce qui a trait à la paix scolaire et aux exceptions qui sont énumérées à la suite de cette

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸⁸ E.a. C.E., avis du 17 février 1984, *Doc. parl.*, Ch., 1982-83, n° 559/2 (statut du personnel enseignant); avis du 23 mai 1984, *Doc. parl.*, C.C.F., 1984-85, n° 151/1, p. 5; avis du 27 novembre 1984, *Doc. parl.*, Sén., 1984-1985, n° 801/1, pp. 44-45 (admissibilité des mesures de dispense dans les règlements d'examen); avis du 16 mai 1986, *Doc. parl.*, Sén., 1985-1986, n° 464/1, p. 8 (*ibid.*); avis du 7 mars 1985, *Doc. parl.*, Vl. R., 1983-84, n° 275/2, p. 2.

¹⁸⁹ L.-P. SUETENS, «De grondwetsherziening 1988 : een derde maat voor niets?», in A. ALEN en L.-P. SUETENS (ed.) *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 32. Adde : P. PEETERS, «Enkele algemene problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming», in *ibid.*, p. 65.

¹⁹⁰ J. DE GROOF, «De bevoegdheidsverdeling van 1970 inzake onderwijs : zienswijzen van de Raad van State en lessen voor de Constituanten», *T.B.P.*, 1988, pp. 391-405; *Id.*, *La révision constitutionnelle de 1988*, *op. cit.*, n° 10, p. 13.

¹⁹¹ J. DE GROOF, «De bevoegdheidsverdeling van 1970 inzake onderwijs...», *op. cit.*, p. 394; *Id.*, *La révision constitutionnelle de 1988*, *op. cit.*, n° 12, p. 14.

¹⁹² C.C., arrêt n° 8/86, 22 janvier 1986.

¹⁹³ J. DE GROOF, «De bevoegdheidsverdeling van 1970 inzake onderwijs...», *op. cit.*, p. 396.

notion, lesquelles continuent de relever de la compétence de l'autorité nationale»¹⁹⁴.

Appliquée en l'espèce, cette règle d'interprétation amène la Cour à préciser la portée qu'il faut dès lors conférer à la notion de «paix scolaire», qui fonde l'intervention de l'autorité fédérale en matière d'enseignement : ce concept renvoie aux «lois, arrêtés et protocoles qui règlent les rapports entre les différents réseaux scolaires»¹⁹⁵ :

«Sont ainsi visés le pacte scolaire, la concrétisation de celui-ci dans la législation, ainsi que les dispositions normatives qui mettent en œuvre les conventions complémentaires intervenues dans le cadre des procédures instaurées par le pacte même. Les matières énumérées après le terme 'paix scolaire' se rapportent à la paix scolaire en ce sens que le Constituant a estimé que leur réglementation continuerait à garantir fondamentalement la paix scolaire. Il ressort toutefois de la formulation de l'article 59bis, §2, 2°, de la Constitution que les notions énumérées après le concept 'paix scolaire' ont également une portée autonome. Etant des exceptions, ces notions ne peuvent être interprétées de manière telle que serait dépourvue de toute portée l'attribution de compétence aux Communautés (...). Comme toutes les exceptions, celles-ci doivent être interprétées de manière restrictive»¹⁹⁶.

Par conséquent, les communautés sont compétentes pour régler l'enseignement «en toutes ses formes» et notamment, comme précisé dans les travaux préparatoires, pour «créer de nouvelles sortes d'enseignement, de nouvelles orientations, de nouvelles méthodes et mettre sur pied des expériences»¹⁹⁷. Mais ce pouvoir doit être exercé «dans le respect de l'équilibre entre les divers réseaux d'enseignement» : sa mise en œuvre ne peut aller à l'encontre des «principes fondamentaux» établis par le législateur national dans les matières énumérées après le terme «paix scolaire» dans la disposition constitutionnelle¹⁹⁸.

37. En 1988, l'enseignement est (presque intégralement) communautarisé. Deux garanties vont rendre admissible la «restriction des exceptions» fédérales¹⁹⁹ ou, ce qui revient au même, l'élargissement de l'attribution faite aux législateurs communautaires : la constitutionnalisation ou la

¹⁹⁴ *Ibid.*, B.1.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ C.C., arrêt n° 8/1986, 22 janvier 1986, B.2. D'aucuns ont estimé que cette attitude de la Cour était une «nouvelle hypothèque», non envisagée par le Constituant, sur le caractère autonome des compétences (J. DE GROOF, «De bevoegdheidsverdeling van 1970 inzake onderwijs...», *op. cit.*, p. 396).

¹⁹⁹ Rappelons que les trois seules compétences réservées actuellement à l'autorité fédérale, en vertu de l'article 127, §1^{er}, 2°, de la Constitution sont : (a) la fixation du début et de la fin de l'obligation scolaire; (b) les conditions minimales pour la délivrance des diplômes; et (c) le régime des pensions. Sur l'interprétation restrictive de ces exceptions à l'attribution de la compétence communautaire, voy. *Doc. parl.*, Sén., 1988, n° 100-2/1°, p. 2.

«traduction»²⁰⁰ des principes du Pacte scolaire au sein de l'article 24 de la Constitution et la mise en place d'un contrôle juridictionnel — pouvant être activé par les particuliers — de la conformité des décrets communautaires à ces mêmes principes, ainsi qu'aux articles 10 et 11 de la Constitution. Ces modifications «constituent logiquement et politiquement un ensemble»²⁰¹.

La constitutionnalisation des grands principes du Pacte scolaire peut être rapprochée du statut des droits des minorités linguistiques au Canada, depuis qu'ils ont été inscrits dans la Charte canadienne il y a un peu plus d'un quart de siècle. On en a mentionné le contenu et les effets sur le partage des pouvoirs au sein de la fédération canadienne dans la première partie du présent article²⁰². Le recours à une telle technique fait des droits des minorités une limite à l'exercice des compétences d'attribution. Attribution dont, en matière d'enseignement — et on en trouve une confirmation ici —, les bénéficiaires sont classiquement les entités fédérées.

Il ne s'agit donc plus de restreindre le champ d'application territorial — comme pour les droits linguistiques — ou matériel — comme ce fut le cas pour l'enseignement entre 1970 et 1988 — d'une compétence d'attribution, mais d'apporter des limites substantielles à son exercice. On évite ainsi plusieurs difficultés rencontrées précédemment²⁰³. La difficulté «hiérarchique» que génère une loi fédérale qui, même censée s'imposer à toutes les collectivités, n'est pas à l'abri d'interprétation ultérieures susceptibles d'en amoindrir la portée ou de remettre carrément en cause. Les difficultés «pratiques» que peuvent aussi générer des découpages trop segmentés de compétences, générateur d'ingérences — réelles ou alléguées — et de tensions politiques.

Ainsi, depuis 1988, la «paix scolaire» ne constitue plus une matière faisant l'objet d'une réserve de compétence au profit du législateur «national».

²⁰⁰ Selon les termes employés au cours des travaux préparatoire : «il faut traduire les principes de base du Pacte scolaire dans une disposition constitutionnelle qui viendrait compléter les garanties déjà prévues à l'article [24]» (*Doc. parl.*, Sén., 1988, n° 100-1/1°, p. 2).

²⁰¹ Note explicative du Gouvernement, *Doc. parl.*, Sén., 1988, n° 100-1/1°, p. 1.

²⁰² *Supra*, n° 14-17.

²⁰³ Ce que confirme H. DUMONT, qui voit également dans ce changement de méthode la confirmation d'un mouvement historique du droit constitutionnel belge : «Entre 1970 et 1988, le souci d'ériger le pluralisme en principe fédéral n'a pas disparu, mais le changement quant à la méthode à choisir à cette fin confirme l'évolution qui a présidé à l'ensemble des réformes successives dans le sens d'un approfondissement du principe d'autonomie des entités fédérées. Désormais, celles-ci ne tolèrent qu'un minimum de contraintes fédérales, fussent-elles liées aux droits fondamentaux, et là où la volonté d'autonomie s'est toujours exprimée avec le plus de vigueur, c'est-à-dire dans les matières culturelles au sens large (...), c'est la Constitution de l'État fédéral qui apparaît comme la source juridique la plus adéquate pour énoncer les restrictions jugées supportables. On est loin de la méthode constitutionnelle qui a engendré les lois relatives à la sonnette d'alarme et au pacte culturel» (vol. 2, n° 1039, pp. 526-527).

Mais l'objectif, décliné en une série de droits fondamentaux, demeure pleinement. Selon la Cour constitutionnelle :

«La suppression de cette réserve par la révision du 15 juillet 1988 signifie non que cet objectif aurait été abandonné mais que désormais c'est à chaque Communauté, dont les compétences en matière d'enseignement ont été élargies, qu'il appartient de veiller à ce que la paix scolaire, telle qu'elle est désormais consacrée par l'article [24] de la Constitution, ne soit pas compromise»²⁰⁴.

En une vingtaine d'années, le régime des droits des minorités en matière d'enseignement a donc basculé d'un accent mis sur la perspective «partage des pouvoirs» faisant des droits des minorités un objet de l'attribution des compétences, à une technique insistant sur la fonction des droits des minorités comme limite à l'exercice d'une compétence d'attribution. *Mutatis mutandis*, le résultat ne diffère pas de l'approche canadienne actuelle en matière de droits linguistiques : interprétation plus dynamique et évolutive des droits garantis, approche plus «contextualisée» d'une partie de leur contenu selon la communauté de référence (neutralité, prégnance des réseaux scolaires, ...) et subsidiarité possible dans l'interprétation des garanties existantes ou via la reconnaissance de droits «nouveaux» (cours de religion, faculté de dispense, ...).

*
* *

38. Une contribution supplémentaire à l'étude de la protection des minorités en Belgique peut paraître bien modeste.

L'essai de comparaison systématique de ces aspects du droit constitutionnel belge avec les données canadiennes a cependant le mérite de la nouveauté. De ce point de vue, les enseignements sont multiples. Dans le cadre du présent article, on a souhaité mettre l'accent sur deux d'entre eux.

39. Le premier enseignement porte sur la nature radicalement asymétrique des aménagements protégeant les droits des minorités au sein des États fédéraux.

Le droit constitutionnel comparé met d'abord en lumière l'existence de clauses inscrites dans des normes constitutionnelles ou des législations «quasi-constitutionnelles» avec le dessein de limiter l'autonomie normative des collectivités pour assurer la protection de certains droits des minorités.

Conscient des règles internes de dévolution des pouvoirs, le Constituant y traduit son souci de préserver les équilibres du pacte fédératif et parfois certains droits préexistant à celui-ci. En droit canadien, les premiers para-

²⁰⁴ C.C., arrêt n° 38/91, 5 décembre 1991, B.3.8.

graphes des articles 17 à 20 de la Charte canadienne des droits et libertés prévoient, ainsi, des obligations imposant le fonctionnement bilingue de l'ordre fédéral de gouvernement dans les domaines parlementaire, législatif et judiciaire et pour bon nombre de services publics. Mais l'une des manifestations contemporaines les plus notables de cette technique est sans conteste l'article 23 de la même Charte, rédigé en vue d'imposer une série d'obligations précises aux provinces à l'égard des minorités linguistiques lorsqu'elles exercent leur compétence en matière d'enseignement. Le même phénomène peut aussi s'observer à l'égard de compétences fédérales, comme lorsque les institutions fédérales canadiennes qui prestent des services publics doivent, en présence d'une minorité linguistique significative, en offrir le bénéfice dans les deux langues officielles. Ces hypothèses ont pour dénominateur commun qu'un ordre de gouvernement précis se voit imposer de telles limites, en raison du fait qu'il détient une compétence déterminante pour la protection des minorités.

Le droit comparé permet aussi de montrer que, si l'on met l'accent sur les règles répartitrices de compétences, les droits des minorités peuvent aussi se présenter comme l'un des facteurs décisifs ayant justifié les termes de ces règles. C'est ici que les interactions entre règles répartitrices et protection par la reconnaissance de droits sont les plus complexes et les plus étroitement liées à l'histoire constitutionnelle des États fédéraux. Le constat est patent en droit belge si l'on s'intéresse à la répartition des compétences linguistiques entre les communautés et la collectivité fédérale, exclusivement dictée par l'enjeu que représentait la protection des droits spécifiques reconnus aux minorités linguistiques dans les matières administratives et dans l'enseignement.

On a ainsi donné un aperçu de la manière dont, sans jamais que les droits ou «facilités» consacrés par la législation linguistique pré-fédérale ne «remontent à la surface» du texte constitutionnel, l'ancrage territorial de ceux-ci permet d'expliquer que le législateur fédéral soit resté compétent, à des degrés variables, pour l'emploi des langues dans quarante-six communes — vingt-sept unilingues et dix-neuf bilingues — sur les presque six cents que compte le pays. Le pouvoir d'adopter des dispositions linguistiques fait l'objet d'une attribution constitutionnelle sur une base territoriale précise qui suit les lignes fixées par la législation linguistique pré-fédérale. La protection des droits qu'elle contient est principalement assurée par l'exigence de réunir une majorité qualifiée, donnant ainsi un droit de veto à la minorité francophone du pays. *Mutatis mutandis*, ces constats peuvent être étendus au pouvoir de régler l'emploi des langues dans l'enseignement et aux droits linguistiques y associés.

40. Les enseignements de l'exercice de droit comparé portent aussi sur la délicate question de l'interprétation des droits et des liens qu'elle entretient avec les justifications de ce qui risque toujours d'être perçu non comme des droits mais comme autant de privilèges hérités du passé. Où l'on voit émerger quatre grands ordres de justification ou de légitimation des droits spécifiques²⁰⁵, que sont les arguments de hiérarchie des normes, les théories du compromis politique ou fédéral, les libertés de circulation et la mobilité intra-fédérale, et enfin les conceptions renouvelées de l'égalité entre les individus.

Un premier ensemble de justifications ne se démarque pas véritablement des canons de la dogmatique juridique, puisqu'il revient à rappeler qu'une disposition normative d'un niveau hiérarchique donné ne saurait en contre-dire une autre de rang égal. Pour le dire simplement : le Constituant ne peut se contredire. Ce type de justifications «logico-hiérarchiques» se rencontre régulièrement dans les motifs soutenant des arrêts décisifs dans lesquels était, par exemple, alléguée une incompatibilité entre un droit universel — généralement celui à l'égalité devant la loi — et tel ou tel droit spécifique. Si de tels arguments peuvent représenter une fin de non-recevoir fort pratique à l'encontre des tentatives de remise en cause judiciaire des droits reconnus à certaines minorités, ils ne sont pas particulièrement satisfaisants d'un point de vue intellectuel. La logique juridique sur laquelle ils s'appuient contient d'ailleurs, en germes, ses propres limites, dès lors qu'un juge peut faire primer la consécration internationale d'un droit analogue. Et du point de vue du droit international, le statut constitutionnel d'une disposition n'est pas de nature à atténuer son caractère éventuellement illicite. L'affaire *Adler-Waldman* et les critiques du Comité des droits de l'homme à l'égard du régime des écoles confessionnelles de l'Ontario — validé par la Cour suprême du Canada au regard du droit constitutionnel — sont ainsi particulièrement exemplatives de ces limites.

²⁰⁵ Pour un exercice comparable en matière de protection internationale des minorités, voy. S. SPILIOPOULOU AKERMARK, *Justification of Minority Protection in International Law*, London-The Hague-Boston, Kluwer, 1997, spéc. pp. 68 et s. L'auteur décèle trois ordres de justification en droit international : la paix, la dignité humaine et la protection de la culture. Dans un tout autre contexte, on note que le Centrum voor de Interdisciplinaire Studie van Brussel (VUB) a, il y a quelques années, réalisé une étude sur l'impact du régime des «facilités» dans les communes de la périphérie bruxelloise. L'une des questions de l'étude portait sur le but poursuivi par le régime des droits linguistiques tel que perçu par les résidents des communes concernées. Sans s'attarder sur les chiffres précis que propose ce rapport, on relève que les chercheurs avaient retenu les justifications suivantes pour leur questionnaire : l'intégration des personnes ne maîtrisant pas la langue néerlandaise, un service proposé à la population francophone, une conséquence de la «liberté linguistique», le fruit d'un compromis politique ou un effet de la suburbanisation de Bruxelles (R. JANSSENS, «Taalgebruik in de faciliteitengemeenten», in J. KOPPEN, B. DISTELMANS et R. JANSSENS (eds), *Taalfaciliteiten in de Rand. Ontwikkelingslijnen, conflictgebieden en taalpraktijk*, Brussel, VUB Press, 2002, pp. 329-330.

Le deuxième ensemble de justifications est sans doute le plus fréquemment rencontré si l'on tient compte à la fois de la jurisprudence belge et canadienne et de la littérature y afférente. On les a désignées sous l'expression générique de «théorie du compromis politique». Toutes affichent le souci légitime de ne pas dévoyer les termes de l'accord négocié, parfois au prix de renoncements douloureux, entre les parties au pacte fédéral ²⁰⁶. Elles visent également à ne pas hypertrophier une partie de son contenu, au risque d'en bouleverser les subtils équilibres. Fruit de compromis, les droits spécifiques ne peuvent être ramenés à des droits fondamentaux «ordinaires», comme en témoigne d'ailleurs le fait qu'ils ne sont pas reconnus à tous. Le recours à ces théories vient souvent appuyer le rejet d'une interprétation téléologique des droits spécifiques jugée trop peu fidèle à la lettre des garanties existantes. Ce type d'argumentation est aussi associé à la perception selon laquelle l'interprétation extensive des droits spécifiques aboutit nécessairement à des ingérences indues dans l'autonomie des collectivités fédérées. Dans tous les cas, il ménage certes le «compromis politique» — pour autant que l'on s'entende sur le contenu de celui-ci — mais risque toujours d'aboutir à une interprétation figée et restrictive des droits des minorités. Ces «théories du compromis politique» ont été croisées au détour des incursions dans le droit canadien. En matière de droits linguistiques, on connaît désormais le succès qu'elles ont pu rencontrer — et l'opposition qu'elles ont suscité — autour des arrêts de la Cour suprême du Canada rendus dans les années 1980. On peut aussi les déceler dans la jurisprudence belge relative à l'emploi des langues par les mandataires locaux et, de manière générale, dans les affaires linguistiquement «sensibles» qui mettent en jeu la sauvegarde de l'«intérêt public supérieur» que représente la «pacification» communautaire ²⁰⁷ ou encore le «souci» de la «recherche globale d'un indispensable équilibre entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'État belge» ²⁰⁸.

Un troisième ensemble de justifications a, plus exceptionnellement, été rencontré mais il n'en demeure pas moins foncièrement intéressant. Il s'agit de celles se fondant sur la liberté de circulation et d'établissement au sein d'un État fédéral. Ou, en d'autres termes, la liberté de quitter sa collectivité d'origine, sans devoir nécessairement se résigner à renoncer à la préserva-

²⁰⁶ Comp. W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 116-120.

²⁰⁷ Voy. e.a. C.C., arrêt n° 18/90, 23 mai 1990, B.9.1; C.C., arrêt n° 35/2003, 25 mars 2003.

²⁰⁸ C.C., arrêt n° 90/94, 22 décembre 1994, B.5.8 («souci d'un compromis global dans le cadre duquel l'indispensable équilibre a été recherché entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'État belge»); arrêt n° 73/2003, 26 mai 2003, B.9.6. Dans ce second arrêt, la Cour croit bon de préciser énigmatiquement que «[l]es conditions de cet équilibre ne sont pas immuables».

tion, à la transmission et à l'épanouissement de son identité culturelle. Cet objectif a notamment joué un rôle décisif dans la consécration, à l'article 23 de la Charte canadienne, du droit à l'enseignement dans la langue minoritaire quelle que soit la province de résidence.

Le quatrième et dernier ensemble de justifications, qui ouvre la porte à une interprétation plus dynamique et évolutive des droits des minorités, est composé de celles reposant sur une conception «renouvelée» de l'égalité, une égalité réelle plutôt qu'exclusivement formelle, qui permet de tenir compte d'inégalités de fait et, au moins en partie, de pallier celles-ci. Elles ont essentiellement été rencontrées au détour de l'examen de la jurisprudence canadienne des années 1990 à nos jours, spécialement pour justifier une interprétation des droits linguistiques censée favoriser le maintien et l'épanouissement de la culture des minorités de langue officielle. L'interprétation téléologique et libérale des droits linguistiques consacrés dans la Constitution fédérale n'est d'ailleurs pas nécessairement incompatible avec la primauté, au niveau fédéré, d'un principe d'unilinguisme. C'est indéniablement cette dernière justification qui est la plus à même de réinscrire les droits des minorités — ou au moins certains de leurs aspects — dans la philosophie libérale dont les systèmes contemporains de protection des droits de l'homme sont les héritiers directs. On connaît les tentatives de philosophes se revendiquant de la tradition libérale pour offrir une assise aux droits des minorités au sein de celle-ci. On ne s'étonnera dès lors pas de constater que l'une des justifications proposée par W. Kymlicka des garanties particulières dont bénéficient les membres de certains groupes soit cet horizon égalitaire (*the equality argument*)²⁰⁹. Pour paraphraser cet auteur, les droits des minorités tendent à contrer une inégalité significative qui, si elle n'est pas prise en charge, peut se muer en une grave injustice. Ils postulent que le «sacrifice» consenti par la majorité est largement inférieur à celui que devrait endurer la minorité en l'absence de celui-ci²¹⁰. La légitimité de l'étendue de ces droits dépend toutefois étroitement du contexte historique et politique dans lequel ils s'inscrivent.

²⁰⁹ W. KYMLICKA, *op. cit.*, pp. 108-115.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 100-115.