

XVII.A.

LES DROITS EN MATIÈRE D'ENSEIGNEMENT (*)

PAR

XAVIER DELGRANGE

PREMIER AUDITEUR CHEF DE SECTION AU CONSEIL D'ÉTAT
CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

ET

MATHIAS EL BERHOUMI

CHERCHEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

1. Les concepteurs du présent ouvrage ont choisi de présenter les droits en matière d'enseignement exclusivement au sein des droits économiques, sociaux et culturels. Pareille option pourrait surprendre, s'agissant de se focaliser sur l'ordre juridique belge, alors que notre Constitution de 1831 a fait œuvre de pionnier non seulement en consacrant la liberté d'enseignement mais en la mettant sur un piédestal.

La complexité de l'enseignement en tant que droit fondamental transcendant notamment les générations de droits de l'homme est cependant apparue peu à peu. A la liberté, exclusivité des adultes, soit qu'ils enseignent soit qu'ils choisissent l'enseignement pour leurs enfants, s'est adjoint le droit à l'enseignement, reconnu à tout enfant qui est même tenu d'en jouir. Davantage que la liberté d'enseignement, c'est désormais l'égalité des enfants dans la jouissance de leur droit à l'enseignement qui est devenue la préoccupation majeure des responsables politiques. Le texte de l'article 24 de la Constitution rend compte de cette évolution, ayant incorporé les allusions successives apportées par la législation sans en abandonner aucun

(*) Les auteurs remercient chaleureusement leurs collègues Luc DETROUX, conseiller d'Etat et assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis, François BELLEFLAMME, avocat au barreau de Bruxelles et assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis et Laurence VANCRAYEBECK, auditrice au Conseil d'Etat et assistante aux Facultés universitaires Saint-Louis, pour leurs suggestions inventives et roboratives, qui n'ont pas accouché que d'une souris. La présente contribution est à jour au 1^{er} septembre 2010.

sédiment. Depuis 1989, la Cour constitutionnelle assure par sa jurisprudence l'adaptation du texte aux préoccupations du moment.

L'évocation de l'évolution du texte constitutionnel (A) fait apparaître que le Constituant a conçu de manière différente les droits reconnus aux élèves soumis à l'obligation scolaire (B) et ceux accordés aux étudiants de l'enseignement supérieur (C).

Pour chacune de ces catégories, la portée du droit à l'enseignement permettra d'apprécier en creux ce qui subsiste de la liberté d'enseignement. Celle-ci est généralement appréhendée dans une triple dimension, qui correspond aux trois catégories de personnes qui peuvent en revendiquer le bénéfice (1). Les deux premières se présentent sous la forme d'une médaille à deux faces, l'une active qui vise, en lien avec les libertés d'expression et d'association, à garantir la liberté d'ouvrir des écoles et d'y enseigner; l'autre, dite passive, qui reconnaît aux parents le droit de choisir l'établissement d'enseignement que fréquenteront leurs enfants. Les aventures à rebondissement de l'inscription scolaire ont toutefois démontré, si besoin en était, que certains parents ne demeurent guère passifs dans l'exercice de leur libre choix. Il peut paraître en outre de mauvaise pédagogie de qualifier de passif le statut d'élève ou d'étudiant. Aussi, dans les lignes qui suivent, les deux faces seront-elles désignées sous le vocable de liberté organisationnelle et de libre choix. La troisième dimension bénéficie aux enseignants eux-mêmes, c'est la liberté académique.

Enfin, la Constitution réserve au législateur la compétence d'adopter les éléments essentiels de la réglementation de l'enseignement, notamment en en encadrant la liberté (D).

A. – BRÈVE HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE (2)

2. En consacrant, à l'article 17 de la Constitution de 1831, la liberté d'enseignement, le Congrès national a opéré une rupture totale avec le droit alors en vigueur dans nos contrées.

(1) Voy. not. J. DE GROOF, «Droit à l'instruction et liberté d'enseignement», *Documents du Cepass*, 1983, n^{os} 5-6, pp. 19-47; P.-H. PRÉLOT, *Les établissements privés d'enseignement supérieur*, Paris, L.G.D.J., 1989, pp. 67-77; M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999-2008*, Bruxelles, Larcier, coll. Dossiers du Journal des tribunaux, n^o 73, 2009, n^o 4, et les références citées.

(2) Sur l'histoire du droit de l'enseignement en Belgique, voy. not. – outre l'incontournable D. GROOTAERS (dir.), *Histoire de l'enseignement en Belgique*, Bruxelles, Crisp, 1998 – P. DE VISSCHER, «Les principes constitutionnels en matière d'enseignement», *La Revue politique*, 1955, pp. 101-115; H. DRAELANTS, V. DUPRIEZ et Ch. MAROY, *Le système scolaire*, Bruxelles, Crisp, dossier n^o 59, 2003, pp. 9-43; M. LEROY, «La liberté d'organiser un enseignement et la liberté de choisir un enseignement», in B. SCHEPENS (coord.), *Quels droits dans l'enseignement? Enseignants, Parents, Elèves*, Bruges, la Chartre, 1994, pp. 11-27; J. TYSSSENS, «Vrijheid van onderwijs, schoolconflict en pacificatie in België: enkele historische perspectieven», *T.O.R.B.*, 1994-1995, p. 91;

A l'époque, le libre choix ne se concevait pas. L'enseignement n'était ni une liberté ni un droit mais un devoir, celui qui s'impose aux parents «d'élever leurs enfants», selon la formule originale du Code civil (3). «Elever, ce beau mot signifie à la fois instruire et éduquer», relevait déjà Oscar Orban (4).

En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'a pas davantage proclamé la liberté organisationnelle (5). Celle-ci a très longtemps été considérée comme le simple appendice d'autres droits, tels que la liberté religieuse ou la liberté d'expression. Cette conception prévalait encore lors de l'adoption de la Constitution française de 1946. Un amendement visant à inscrire la liberté d'enseignement dans son préambule fut rejeté (6). Selon le président de la Commission de la Constitution de l'époque, André Philip, «il nous paraît difficile d'inscrire dans un préambule qui est une déclaration des droits ce qui nous apparaît, non pas comme un droit de l'homme, mais comme une des diverses techniques de réalisation concrète d'un droit de l'homme» (7). Il a fallu l'intervention du Conseil constitutionnel, par sa décision 77-87 DC du 23 novembre 1977, pour que

P. VANDERNOOT et J. SOHIER, «Le décret 'missions' de la Communauté française du 24 juillet 1997 : de la liberté de l'enseignement à la liberté dans l'enseignement?», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement, approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 131-143; J. VELU, «Contenu et signification des droits fondamentaux dans le domaine de l'instruction», *A.P.T.*, 1982, pp. 1-11; R. VERSTEGEN, «Wegwijs in de onderwijswetgeving», *R.W.*, 1977-1978, pp. 702-726.

(3) Dans sa version initiale, l'art. 203 du Code civil disposait : «les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants».

(4) O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, Libertés constitutionnelles et principes de législation, Liège/Paris, Dessain/Giard & Brière, 1911, p. 476. Bien plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme précisera ainsi ces notions : «l'éducation des enfants est la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes tendent d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction vise notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle» (Cour eur D.H., arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, du 25 février 1982, §33). Soucieuse d'explicité, la loi belge du 13 avril 1995 a retouché le texte du Code civil. Désormais, les pères et mères sont tenus d'assumer «l'éducation et la formation de leurs enfants».

(5) L'on notera que la très éphémère Constitution de l'an III (1795-1799), qui fondait le Directoire, contenait un titre X consacré à l'instruction publique. Ce titre comprenait six articles (296 à 301), dont l'art. 300 qui proclamait la liberté organisationnelle : «les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction, ainsi que des sociétés libres pour concourir aux progrès des sciences, des lettres et des arts». Cette disposition a disparu de la Constitution de l'an VIII (1799), fondant le Consulat, ainsi que des suivantes (voy. O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 501-502; P.-H. PRÉLOT, *op. cit.*, pp. 85-86).

(6) Le préambule de la Constitution de 1946 consacre néanmoins le droit à l'enseignement : «La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public, gratuit et laïc à tous les degrés est un devoir de l'Etat». Voy., à ce propos, «Le Conseil d'Etat affirme le droit des enfants handicapés à l'éducation» (C.E. de France, arrêt n° 311.434, du 8 avril 2009, concl. R. KELLER, Rapporteur public, *A.J.D.A.*, 2009, n° 23, pp. 1261-1264).

(7) Cité par L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 1995, p. 343.

la liberté d'enseignement soit érigée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République (8).

«Dès lors, on comprend dans le contexte postrévolutionnaire que Napoléon a pu instituer l'Université impériale, disposant du monopole de l'instruction» (9). Nombre d'établissements, dont l'Université de Louvain, avaient déjà été fermés dès la conquête française, en 1794. Le passage sous le régime hollandais, en 1815, n'a guère libéré l'enseignement. La Loi fondamentale des Pays-Bas ne garantissait pas cette liberté, son article 226 prévoyant au contraire que «l'instruction publique est l'objet de la sollicitude constante du Gouvernement. Le roi fait rendre compte tous les ans aux Etats-Généraux, de l'état des écoles supérieures, secondaires et primaires». Cette sollicitude fut de plus en plus maternante jusqu'à en devenir castratrice puisque toute organisation d'école était soumise à l'autorisation et au contrôle du Gouvernement (10).

Les régimes français et hollandais se rejoignaient ainsi pour instrumentaliser les établissements d'enseignement et en faire les vecteurs de leur idéologie. La politique scolaire de Guillaume I^{er} fut un élément déterminant qui rapprocha les libéraux et les catholiques belges, poussant ces derniers à participer à la Révolution de 1830.

3. Un des premiers actes posés par le Gouvernement provisoire fut de rétablir la liberté d'enseignement. Un arrêté du 12 octobre 1830 disposait : «les arrêtés qui ont mis des entraves à la liberté de l'enseignement sont abrogés» (11). Etaient déjà posés deux principes qui encadreront, au sens littéral du terme, l'actuel article 24 de la Constitution; la liberté d'abord; la légalité ensuite, puisque l'autorité liberticide dont il était urgent d'éradiquer les agissements était l'exécutif.

(8) Voy. L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, pp. 338-352.

(9) En vertu de l'article 1^{er} du Décret impérial du 17 mars 1808 portant organisation de l'Université, «l'enseignement public, dans tout l'empire, est confié exclusivement à l'Université». L'art. 2 précisait : «aucune école, aucun établissement quelconque d'instruction ne peut être formé hors de l'Université impériale, et sans l'autorisation de son chef». L'art. 3 ajoutait : «nul ne peut ouvrir d'école, ni enseigner publiquement, sans être membre de l'Université impériale, et gradué de l'une de ses facultés». Voy. O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 500-502; P. WYNANTS et M. PARET, «Ecole et clivages au XIX^e et XX^e siècles», in D. GROOTAERS, *Histoire de l'enseignement en Belgique*, Bruxelles, Crisp, 1998, pp. 19-20.

(10) O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 503-505; P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, p. 20; J. VELU, «Contenu et signification des droits fondamentaux dans le domaine de l'instruction», *A.P.T.*, 1982, p. 2.

(11) Ce principe sera réitéré et amplifié par l'arrêté du 16 octobre 1830, consacrant de manière plus générique la liberté d'expression. Ce dernier abolissait toute loi «qui gêne la libre manifestation des opinions et la propagation des doctrines par la voie de la parole, de la presse ou de l'enseignement» (art. 2). Ces textes sont commentés et reproduits par O. ORBAN, *op. cit.*, p. 498 et en annexe.

Le Congrès national de 1831 confirma l'initiative du Gouvernement provisoire. L'article 17 de la Constitution disposait, dans une rédaction qui ne sera modifiée qu'en 1988 :

«L'enseignement est libre, toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi.

L'instruction publique donnée aux frais de l'Etat est également réglée par la loi».

Les premiers projets prévoyaient, à l'alinéa 1^{er}, que les «mesures préventives» étaient, comme la répression, réglées par la loi. Le souvenir de l'article 226 de la Constitution des Pays-Bas incita cependant le Congrès national à écarter toute mesure préventive. L'idée d'une surveillance de l'enseignement libre, par exemple au travers d'une inspection relevant de l'état, fut donc formellement exclue (12).

L'article 17 était doublement novateur. D'une part, en consacrant la liberté d'enseignement, il complétait heureusement le catalogue des droits de l'homme reconnus puisque les textes alors en vigueur l'ignoraient (13). D'autre part, en prévoyant qu'une instruction publique serait donnée aux frais de l'Etat, la Constitution belge proclamait un droit de la deuxième génération. C'était en tout cas la seule disposition du Titre II à imposer une obligation de faire à l'Etat (14). Comme le constate Oscar Orban avec l'emphase qu'on lui connaît, «en matière d'enseignement public, la Constitution ne consacre les droits que de deux autorités : la liberté, la loi» (15).

L'unanimité affichée en faveur de la consécration de la liberté d'enseignement ne put être obtenue qu'au prix d'une grande ambiguïté sur la portée que les deux grandes tendances politiques de l'époque entendaient conférer à la disposition constitutionnelle. Les catholiques s'arrêtaient au premier alinéa, ne concédant qu'un rôle subsidiaire à l'enseignement officiel visé au second alinéa. A l'inverse, les libéraux plongeaient sur cet alinéa, réclamant l'érection d'un enseignement officiel neutre, qui rende effective la liberté de choix.

4. Dans un premier temps, des compromis purent être trouvés. Ainsi, la loi du 23 septembre 1842 «sur l'instruction primaire» satisfaisait tant les

(12) Voy. O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 508-510; P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, pp. 100-101; P. DE VISSCHER, «Les principes constitutionnels en matière d'enseignement», *op. cit.*, p. 104.

(13) J. VANDERLINDEN, «Aux origines du Titre II de la Constitution belge de 1831», in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1193-1209, sp. p. 1205. Adde J. GILISSEN, «La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence», *Res publica*, 1968, numéro spécial, pp. 107-141, sp. pp. 124-125.

(14) Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, «Les menaces sur le service public de l'enseignement», *Le service public*, t. 1, *Le service public : passé, présent et avenir*, Bruges, la Charte, 2009, p. 235.

(15) O. ORBAN, *op. cit.*, p. 520.

libéraux que les catholiques (16). Les premiers obtenaient le principe du développement d'un réseau d'enseignement public qui, au niveau primaire, serait à charge des communes. La loi imposait en effet qu'une école soit établie dans chaque commune «dans un local convenable». C'est ainsi qu'apparut le troisième réseau d'enseignement. Aux côtés des établissements libres, essentiellement catholiques, et des écoles directement organisées par l'Etat, s'érigèrent des écoles organisées par d'autres pouvoirs publics, majoritairement les communes.

Les communes n'étaient toutefois pas obligées d'organiser elles-mêmes leur enseignement. Si, dans une localité, il était «suffisamment pourvu aux besoins de l'enseignement par les écoles privées», la députation permanente de la province pouvait dispenser la commune de l'obligation d'établir elle-même une école. La commune pouvait également adopter une école libre, qui était alors soumise au même régime que les écoles communales, s'agissant du contenu de l'enseignement, de l'inspection ou des subventions. Le lien entre le subventionnement et le contrôle étatique, naturel en droit administratif, était ainsi établi (17), sans que sa compatibilité avec l'exclusion constitutionnelle de toute mesure préventive ne soit mise en doute (18).

Les catholiques obtenaient également que le programme des écoles officielles comprenne l'enseignement de la religion, donné sous la direction des ministres du culte et sous la surveillance et l'inspection des délégués des chefs de culte. Il était néanmoins prévu que «les enfants qui n'appartiennent pas à la communion religieuse en majorité dans l'école seront dispensés d'assister à cet enseignement». La «clé de voûte» (19) de cette loi était donc l'instauration d'une double inspection, qui permettait aux catholiques de considérer que «la base de l'instruction» était confessionnelle et que le législateur «voulait que l'atmosphère de l'école fut religieuse» (20). Les catholiques escomptaient donc que le cours de religion irradie l'ensemble de l'enseignement dispensé dans les écoles officielles.

Les divergences s'avivèrent cependant, essentiellement autour de deux questions (21). D'une part, quel est le rôle dévolu à l'Etat en matière

(16) Sur la loi de 1842, voy. M. DEPAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, «L'enseignement primaire», in D. GROOTAERS, *op. cit.*, pp. 132-134. Sur le contexte historique général, voy. E. WITTE, «La construction de la Belgique 1828-1847», in *Nouvelle histoire de Belgique*, vol. 1, 1830-1905, Bruxelles, Editions Complexe, 2005, pp. 152-156.

(17) L'art. 26 de la loi de 1842 précisait, d'une part, qu'aucun subside ne serait attribué à une école qui ne consent pas à se soumettre à l'inspection et, d'autre part, que la sanction d'une méconnaissance d'une condition essentielle de la loi est le retrait de la subvention.

(18) Oscar Orban souligne que l'interdiction de soumettre l'enseignement libre à l'inspection étatique ne vaut «évidemment» pas pour les établissements libres subventionnés (O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 493-497 et p. 510, note 3).

(19) M. DEPAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, *op. cit.*, p. 133.

(20) O. ORBAN, *op. cit.*, p. 532.

(21) J.-J. MASQUELIN, *Le droit aux subsides de l'enseignement libre*, Bruxelles, éd. Interuniversitaires, 1975, pp. 27-37; P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 21-24.

d'organisation de l'enseignement : jouit-il d'une liberté d'initiative lui permettant de créer un réseau d'établissements scolaires comme il l'entend ou ne peut-il intervenir que de manière subsidiaire, là où les écoles libres, essentiellement catholiques, font défaut? D'autre part, reconnaît-on aux établissements libres un droit au subventionnement public? Ces débats alimentèrent les deux guerres scolaires.

Les dissensions apparurent avec l'organisation de l'enseignement moyen, à savoir les premières années de l'enseignement secondaire. La loi du 1^{er} juin 1850, œuvre du ministre libéral Charles Rogier, fut considérée par les catholiques comme une entreprise de laïcisation et de centralisation de l'enseignement, s'appuyant sur la création d'athénées et d'écoles moyennes par l'Etat (22). Si l'enseignement de la religion y était maintenu, l'intervention du clergé était contenue. A ce niveau d'enseignement, le rôle des communes n'était que secondaire : il leur était loisible de créer des écoles, qui n'étaient subventionnées par l'Etat que si elles se soumettaient à l'inspection de celui-ci et si leurs programmes étaient approuvés. Les communes pouvaient également patronner des écoles libres. Celles-ci devaient également se soumettre à l'inspection pour être subventionnées.

La première guerre scolaire, qui dura de 1879 à 1884, fut déclenchée par la loi du 1^{er} juillet 1879 «portant révision de la loi du 23 septembre 1842 sur l'instruction primaire», adoptée dans la foulée de la victoire libérale aux élections législatives de 1878. Cette loi renforçait le rôle de l'Etat dans l'organisation de l'enseignement, supprimait la possibilité de dispenser les communes de créer leurs propres établissements et, surtout, rayait l'enseignement de la religion du programme des écoles officielles (23). Cette première guerre scolaire prit fin avec les élections législatives de 1884 qui, par un mouvement de balancier, virent les catholiques entamer trente ans de majorité absolue, leur permettant de contenir le réseau officiel et de consacrer le subventionnement du réseau libre (24). La possibilité pour une commune d'être dispensée de créer une école et d'en adopter une libre fut rétablie par une loi du 20 septembre 1884, tandis que la réintégration de la religion dans les cours obligatoires, à nouveau soumise à l'inspection ecclésiastique, fut l'œuvre d'une loi du 15 septembre 1895.

(22) P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 24-25; J. TYSENS, «L'enseignement moyen jusqu'au Pacte scolaire : structuration, expansion, conflits», in D. GROOTAERS, *op. cit.*, pp. 228-231. Sur le contexte historique, voy. E. GUBIN et J.-P. NANDRIN, «La Belgique libérale et bourgeoise 1846-1878», in *Nouvelle Histoire de Belgique, Volume 1 : 1830-1905*, Bruxelles, Editions Complexe, pp. 49-69.

(23) Sur la loi de 1879, voy. M. DEPAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, *op. cit.*, pp. 134-137. Sur le contexte historique de la guerre scolaire, voy. G. DENECKERE, «Les Turbulences de la Belle Epoque 1878-1905», in *Nouvelle Histoire de Belgique, Volume 1 : 1830-1905, op. cit.*, pp. 31-51.

(24) M. DEPAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, *op. cit.*, pp. 137-140.

5. Le souci de démocratiser l'enseignement vint peu à peu colorer la polémique entre les tenants de l'enseignement libre et les promoteurs de l'enseignement officiel.

La loi du 23 septembre 1842 organique de l'instruction primaire, consacrait déjà le droit des «enfants pauvres» à recevoir l'instruction gratuitement. La concrétisation de ce principe fit débat. Certains estimaient que l'indigence ne devait pas contraindre les parents à renoncer à leur droit constitutionnel de choisir l'établissement scolarisant leur enfant. Cela supposait que l'établissement privé accueillant pareil enfant serait rétribué (25). Cette idée n'emporta toutefois pas l'adhésion. La commune fut chargée de procurer une place aux enfants pauvres dans l'école qu'elle désigne, à charge pour elle, le cas échéant, de rétribuer l'école privée désignée.

Parallèlement, les débats portèrent sur l'obligation scolaire (26). Les libéraux, rejoints par les socialistes, en étaient de farouches partisans, par principe mais aussi parce qu'ils y voyaient l'opportunité de développer un réseau officiel et laïque. L'école ne pouvait être obligatoire que si elle était gratuite, ce que les établissements libres ne pouvaient garantir sans dépendre des subventions. Les catholiques, percevant une menace pour la liberté, avouaient leurs réticences (27). Poussés par la démocratie chrétienne qui montait en puissance, ces derniers finirent par l'accepter. La loi du 19 mai 1914 décrétant l'instruction obligatoire et apportant des modifications à la loi organique de l'enseignement primaire, non seulement consacra le principe de l'obligation scolaire mais étendit logiquement la gratuité de l'instruction primaire dans les écoles communales et libres subventionnées (28). Elle garantit également le subventionnement de l'enseignement libre, portant notamment sur le financement du traitement des instituteurs et les fournitures scolaires. Ce dernier point fut vivement combattu par les libéraux et les socialistes, qui y virent même une inconstitutionnalité (29), alors que le principe même de l'obligation scolaire ne suscita pas de débat de cet ordre. Il fut reproché à la loi de méconnaître le principe d'égalité dans le financement des établissements, en faveur de l'enseignement libre (30). Les tenants de l'enseignement officiel tentèrent d'obtenir,

(25) Voy. les travaux préparatoires reproduits in *Pasin.*, 1843, p. 680. Cette idée sera encore défendue plus tard, avec la proposition d'attribuer à chaque enfant un «bon scolaire» qui, remis à l'école qu'il fréquente, ouvrirait le droit à subvention. Elle sera finalement abandonnée lors de l'adoption de la loi du 19 mai 1914 (voy. M. DEPAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, *op. cit.*, p. 141). L'idée ressuscitera bien plus tard sous le vocable de chèque éducation, dans l'œuvre de l'économiste libéral Milton Friedman, (M. FRIEDMAN, *Capitalisme et liberté*, Paris, Lafont, 1971).

(26) Voy., dans cet ouvrage, la contribution de S. VAN DROOGHENBROECK et D. DE JONGHE.

(27) P. ERRERA, *op. cit.*, p. 507; P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 60-66.

(28) Les écoles adoptées et adoptables pour reprendre le vocabulaire de l'époque.

(29) P. ERRERA, *op. cit.*, p. 510.

(30) Voy. la discussion au Sénat, *Pasin.*, 1914, pp. 232-234.

en vain, que les écoles ainsi subventionnées, soient non seulement soumises à l'inspection étatique, ce qui était déjà le cas, mais doivent soumettre à l'approbation des pouvoirs publics, notamment, les programmes des cours, les règlements intérieurs et les budgets. Les catholiques s'y opposèrent au nom de la liberté d'enseignement, incompatible avec de telles mesures préventives (31). Finalement, la loi fut adoptée par les seuls catholiques, l'opposition libérale et socialiste quittant la séance.

Les trois éléments qui bornent la liberté d'enseignement étaient déjà en place : le droit des élèves, la nécessité de subventionner les établissements libres et celle corrélative de contrôler l'enseignement subventionné. Seule la surface du triangle dessiné par ces balises évoluera, au gré de leurs positionnements.

6. Une autre dimension de la démocratisation de l'enseignement requerrait, au nord du pays, que les élèves puissent être scolarisés dans leur langue maternelle (32). Si l'enseignement primaire a toujours été donné dans la langue du peuple, et donc en flamand dans les provinces flamandes, l'enseignement secondaire et supérieur était à l'origine donné en français sur tout le territoire belge. Il fallut attendre la loi du 15 juin 1883 réglant l'emploi de la langue flamande pour l'enseignement moyen dans la partie flamande du pays pour que le législateur impose, dans les seuls établissements de l'Etat, l'emploi du flamand pour certains cours. Les écoles catholiques suivent bon gré mal gré le mouvement. Celui-ci prend de l'ampleur. Le mouvement flamand revendique en effet l'unilinguisme de l'enseignement dispensé en Flandre. Il obtiendra gain de cause. La loi du 5 avril 1930 flamandise intégralement l'Université de Gand. La loi du 14 juillet 1932 concernant le régime linguistique de l'enseignement primaire et de l'enseignement moyen, consacre le principe de l'homogénéité territoriale, s'agissant de la langue d'enseignement. Elle l'impose même aux établissements libres subventionnés. Dans les communes de l'agglomération bruxelloises et de la frontière linguistique, la langue de l'enseignement est la langue maternelle ou usuelle de l'enfant, éventuellement déterminée au moyen d'un examen linguistique. L'unilinguisme sera encore renforcé par la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement (33). Celle-ci s'impose même aux établissements scolaires qui, sans être subventionnés, sollicitent la seule reconnaissance de leurs diplômes (34). Pour que la consti-

(31) Voy. la discussion au Sénat, *op. cit.*, pp. 234-238.

(32) P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 72-85; G. DENECKERE, *op. cit.*, pp. 173-187.

(33) Outre qu'elle s'inscrit dans le clichage de la frontière linguistique opéré par les législations linguistiques adoptées à cette époque, la loi du 30 juillet 1963 supprime les classes de transmutation prévues par la loi de 1932.

(34) Non seulement la section de législation du Conseil d'Etat ne critiqua pas ce champ d'application très large au regard de la liberté d'enseignement et d'emploi des langues, mais elle suggéra l'instauration d'un mécanisme de sanction spécifique afin d'en garantir l'effectivité (avis n° 7.806/2 du 9 février 1962, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1961-1962, n° 398/1, pp. 5-6).

tutionnalité de ces législations soit assurée, il faudra attendre la révision constitutionnelle du 24 décembre 1970. Celle-ci complètera l'article 129 de la Constitution pour ajouter l'enseignement à la liste des matières dans lesquelles la liberté d'emploi des langues, consacrée par l'article 30 de la Constitution, peut être restreinte.

7. La seconde guerre scolaire se déclara suite aux élections législatives de 1950 qui, dans la foulée de la question royale, octroyèrent la majorité absolue aux catholiques tout en attisant les tensions entre ceux-ci et les laïcs (35). Sous le ministère Harmel, le subventionnement des écoles libres fut étendu à l'enseignement secondaire et amélioré aux autres niveaux, tandis que le développement du réseau officiel était freiné.

Les élections de 1954 renvoyèrent les catholiques dans l'opposition au profit d'une coalition des libéraux et des socialistes. La loi du 27 juillet 1955 «fixant des règles d'organisation de l'enseignement de l'Etat, des provinces et des communes, et de subvention, par l'Etat, d'établissements d'enseignement moyen, normal et technique», dite loi Collard, du nom du Ministre, fut adoptée en réaction à la politique menée par les catholiques. Elle affirma le droit pour l'Etat d'organiser son propre réseau d'enseignement «là où le besoin s'en fait sentir», ce qui permit de relancer l'expansion de ce réseau. Les établissements subventionnés furent soumis au contrôle exercé par l'Etat, notamment en ce qui concerne le niveau des études. Les subventions octroyées à l'enseignement libre furent rabotées et surtout soumises à des conditions plus strictes. Ainsi, la subvention-traitement des enseignants leur fut directement versée, afin d'éviter que les pouvoirs organisateurs n'y ponctionnent une partie destinée à financer les frais de fonctionnement des écoles libres. L'octroi de cette subvention fut réservé aux enseignants qui disposaient des titres requis.

La seconde guerre scolaire eut donc pour enjeu essentiel la définition du subventionnement de l'enseignement libre. Témoin de la démocratisation de l'enseignement, elle eut pour théâtre l'enseignement moyen alors que la première guerre scolaire portait sur l'enseignement primaire.

La pacification fut rendue possible par les résultats des élections de 1958 qui incitèrent en effet au compromis, les libéraux et socialistes reculant sans que les catholiques n'obtiennent la majorité absolue à la Chambre des représentants. L'occasion était ainsi donnée d'arrêter le mouvement de balancier et de rechercher un équilibre durable satisfaisant les différents réseaux. Le 20 novembre 1958, le Pacte scolaire fut conclu entre les trois partis de l'époque. Il réalisait la synthèse entre les lois Harmel et Collard.

(35) Sur cette seconde guerre scolaire, voy. J. TYSENS, *Guerre et paix scolaire, 1950-1958*, Bruxelles, De Boeck, 1997; *adde* P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 37-39; M. DE PAEPE, M. DE VROEDE, L. MINTEN et F. SIMON, *op. cit.*, pp. 150-152.

La loi du 29 mai 1959 «modifiant la législation relative à l'enseignement gardien, primaire, moyen, normal, technique et artistique», dite loi du Pacte scolaire, conféra valeur légale aux principes contenus dans le pacte (36).

L'idée force du Pacte, dont découlent tous les autres principes qu'il consacre, est la liberté pour les parents de choisir le genre, confessionnel ou non, de l'établissement que fréquenteront leurs enfants (37). Cela supposait que le choix ne soit aucunement influencé par d'autres considérations, notamment pécuniaires, mais exclusivement dicté par des préoccupations idéologiques et philosophiques. Il fallait dès lors que les parents disposent, à une distance raisonnable de leur domicile, d'une école correspondant à leurs aspirations philosophiques. Il fallait également placer les différents réseaux d'enseignement sur un pied d'égalité en ce qui concerne leurs conditions matérielles de fonctionnement.

De la loi Collard fut repris le principe du droit pour l'Etat de développer son propre réseau : il organise un enseignement «là où le besoin s'en fait sentir» (38). Pour assurer l'équilibre, l'Etat doit subventionner tous les établissements organisés par d'autres pouvoirs organisateurs (39), qu'ils soient publics ou privés, pour autant qu'ils respectent une série d'exigences tenant à la qualité de l'enseignement et qu'ils soient dès lors soumis à l'inspection de l'Etat. Ces subventions sont essentiellement de deux ordres. D'une part, une subvention-traitement est allouée directement aux enseignants. Elle est égale au traitement dont bénéficient les enseignants de l'Etat. D'autre part, des subventions de fonctionnement sont accordées de manière forfaitaire en fonction du nombre d'élèves. Elles sont censées atteindre 75 % des allocations de fonctionnement des établissements de l'Etat (40).

Les subventions sont essentielles pour permettre la poursuite de l'objectif fondamental du Pacte, à savoir l'expansion démocratique de l'enseigne-

(36) Sur le contexte politique de l'adoption du Pacte, voy. G.-H. DUMONT, «Le pacte scolaire», dans J. MEYNAUD, J. LADRIÈRE et F. PERIN (dir.), *La décision politique en Belgique, le pouvoir et les groupes*, Bruxelles, Crisp, 1965, pp. 150-169; J. TYSENS, *Guerre et paix scolaire...*, op. cit.; E. WITTE, J. DE GROOF et J. TYSENS (ed), *Het schoolpacte van 1958. Ontstaan, grondlijnen en toepassing van een Belgisch compromis - Le pacte scolaire de 1958. Origines, principes et application d'un compromis belge*, Bruxelles-Louvain, VUBPRESS-Garant, 1999.

(37) Selon son exposé des motifs, la loi «entend assurer le libre choix des parents quant à l'enseignement à donner à leurs enfants» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1958-1959, n° 199/1, p. 8). Voy. not. J. DE GROOF, op. cit., p. 129; R. HOUBEN et F. INGHAM, *Le Pacte scolaire et son application*, Bruxelles, Cepess, 2^e éd., 1962, p. 101.

(38) La douzième résolution du Pacte scolaire précisait : «l'effort financier consenti au profit de l'enseignement de l'Etat dans le domaine des constructions scolaires sera poursuivi et amplifié en fonction des besoins jusqu'au moment où le libre choix sera effectivement assuré dans toutes les régions du pays».

(39) La loi définit le pouvoir organisateur d'un établissement d'enseignement comme «l'autorité, la ou les personne(s) physique(s) ou morale(s) qui en assume(nt) la responsabilité».

(40) Précision apportée par le ministre de l'Instruction publique lors des travaux préparatoires (Rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1958-1959, n° 2, p. 10).

ment. Selon la troisième résolution du Pacte, la démocratisation sera notamment atteinte par l'extension de la gratuité de l'enseignement à toute la durée de l'enseignement obligatoire. La loi consacre donc la gratuité de l'enseignement fondamental et secondaire, y prohibant tout minerval direct ou indirect et y prescrivant, pour l'enseignement gardien et primaire, la délivrance sans frais des livres et autres «objets classiques». Les subventions sont censées permettre aux établissements subventionnés, officiels et libres, d'assumer les frais de l'instruction que la loi met à charge des pouvoirs organisateurs.

Le Pacte consacre l'existence de trois réseaux d'enseignement : celui organisé par l'Etat, celui organisé par les provinces, les communes ou autres autorités publiques, et enfin celui organisé par des personnes privées, essentiellement des congrégations religieuses. Les deux premiers sont qualifiés d'«officiels», le troisième de «libre».

Dans les écoles officielles, le programme doit comprendre deux heures de religion ou de morale non confessionnelle, au choix des parents. L'enseignement de la religion est assuré par les ministres du culte ou leurs délégués et soumis à l'inspection organisée par les chefs de culte.

La loi du Pacte scolaire a subi une importante modification par la loi du 11 juillet 1973, traduction juridique d'un protocole conclu entre les partis signataires du Pacte. Intervenant sur fond de crise économique, celle-ci entend concilier poursuite de la démocratisation de l'enseignement et souci d'économie (41). Elle établit donc le principe de la rationalisation et de la programmation, qui aura une grande influence sur l'offre d'enseignement. Elle prétend par ailleurs consacrer la «mise sur pied d'égalité des élèves, parents, professeurs et écoles compte tenu des caractéristiques propres à chaque réseau» (42). La loi pose en conséquence le principe de l'uniformisation du statut des enseignants par-delà les réseaux, d'une augmentation des subventions de fonctionnement pour l'enseignement subventionné... «A l'analyse, il apparaît que les protagonistes s'efforcent avant tout de maximiser les bénéfices que 'leur' réseau pourrait tirer de l'opération. La recherche d'un équilibre idéologique est à nouveau justifiée par la nécessité de garantir le libre choix, quitte à invoquer une fiction : la primauté absolue des considérations religieuses et philosophiques dans le processus de sélection des établissements d'instruction par les familles. Le cloisonnement scolaire est non seulement maintenu, mais il est aussi accentué : chacun des camps en présence reçoit des garanties quant à la poursuite de son expansion» (43).

(41) Voy. J.-J. MASQUELIN, *op. cit.*, pp. 176-200.

(42) Formule énoncée par la Commission nationale du Pacte scolaire et reproduite dans l'exposé des motifs du projet de loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1972-1973, n° 635/1, p. 1.

(43) P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, p. 46.

Une loi du 14 juillet 1975 introduira dans la loi du Pacte scolaire la notion d'école pluraliste (44). Celle-ci se définissait comme un établissement libre, fondé sur la collaboration de personnes issues des différents horizons philosophiques et religieux. Elle restera toutefois mort-née, étouffée par la force d'inertie des réseaux ne voyant pas d'un bon œil l'irruption potentielle d'une nouvelle concurrence (45).

8. A partir des années '70, la Belgique est entrée dans l'ère fédérale. La révision constitutionnelle du 24 décembre 1970 créait les communautés culturelles et leur conférait une compétence de principe en matière d'enseignement.

Le Constituant ne se préoccupa point uniquement de réformes institutionnelles. Il était également soucieux de moderniser le catalogue des droits de l'homme demeuré cloîtré dans sa formulation du XIX^e siècle, en l'ouvrant notamment aux droits économiques, sociaux et culturels. Avec la loi du Pacte scolaire, le droit de l'enseignement, parmi d'autres, avait connu une évolution considérable qui accentuait la désuétude du texte constitutionnel. Le Constituant fut à deux doigts de mener à terme la procédure tendant à insérer une disposition nouvelle, rédigée comme suit :

«Chacun a droit à l'instruction, à l'éducation et à la culture. L'enseignement est obligatoire dans les limites fixées par la loi; l'enseignement donné ou subventionné par l'Etat est gratuit.

La loi facilite l'accès à l'enseignement à tous les niveaux et sous toutes ses formes à tous ceux qui en ont les aptitudes et le désir» (46).

Cette disposition condensait ainsi les grandes avancées que connut la démocratisation de l'enseignement et avait le mérite d'ériger le désir au rang de principe constitutionnel. Les chambres furent dissoutes avant son adoption définitive. Telle que révisée le 24 décembre 1970, la Constitution rendait néanmoins compte, en creux, de l'évolution du droit de l'enseignement. La compétence en cette matière était en effet attribuée aux communautés, 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, aux normes de population scolaire». A la lecture des travaux préparatoires, Paul de Stexhe résumait ainsi la notion de paix scolaire : «cette expression ne vise pas uniquement le pacte scolaire de 1958 mais également toutes les lois, arrêtés et protocoles intervenus ou à intervenir, à quelque niveau que ce soit, et qui régissent les rapports entre les divers réseaux d'enseignement. Il est précisé que les accords en matière d'enseignement universitaire font partie de la paix scolaire dans ce sens» (47). Si

(44) Voy. J.-J. MASQUELIN, *op. cit.*, pp. 200-207.

(45) P. WYNANTS et M. PARET, *op. cit.*, pp. 46-48.

(46) Voy. P. DE STEXHE, *La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 348-350; J. DE GROOF, *op. cit.*, pp. 60-63.

(47) P. DE STEXHE, *op. cit.*, p. 89.

le Constituant n'entendait pas communautariser ces matières, c'est parce que la création des communautés a généré des minorités idéologiques et philosophiques, les laïcs en Flandre et les catholiques en Communauté française. Il fallait donc éviter de réunir les conditions susceptibles de réanimer la guerre scolaire en permettant que, dans une communauté, une tendance ne profite de sa situation majoritaire pour avantager le réseau d'enseignement qui lui est proche. C'est pourquoi les matières ayant fait l'objet de la paix scolaire demeurèrent dans le giron fédéral, où le rapport de force entre les tendances est équilibré (48).

En fait, les exceptions à la compétence communautaire en matière d'enseignement étaient si nombreuses et interprétées si largement que l'intervention des communautés demeura symbolique. Comme le résumera plus tard Jean-Luc Dehaene, alors ministre des Réformes institutionnelles, «l'enseignement avait été communautarisé à l'exception de l'enseignement» (49). Pousser plus avant la communautarisation de l'enseignement supposait que l'on trouve d'autres mécanismes de protection des minorités idéologiques et philosophiques.

Lors de la révision constitutionnelle du 15 juillet 1988, l'on passa d'une protection politique, assurée par le Parlement fédéral, à une protection juridictionnelle, garantie par la Cour d'arbitrage, depuis devenue constitutionnelle (50). Pour cela, les principes essentiels du Pacte scolaire furent enchâssés dans l'article 17 de la Constitution et les compétences de la Cour d'arbitrage étendues au contrôle du respect du principe d'égalité visé aux articles 6 et 6*bis* ainsi qu'à ceux dorénavant inscrits à l'article 17.

Celui-ci est désormais rédigé comme suit :

«§1^{er}. L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est réglée que par la loi ou le décret.

La Communauté assure le libre choix des parents.

La Communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

§2. Si une Communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers.

(48) Voy. X. DELGRANGE, «Le fédéralisme belge: la protection des minorités linguistiques et idéologiques», *Rev. dr. publ.*, 1995, pp. 1157-1202.

(49) Rapport de la Commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 1/2, p. 3.

(50) Voy. le discours de la méthode exposé par Jean-Luc Dehaene, Rapport de la Commission du Sénat, *op. cit.*, pp. 26-30.

§3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire.

Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la Communauté, à une éducation morale ou religieuse.

§4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

§5. L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret.

A l'occasion de la coordination de la Constitution intervenue en 1994, l'article 17 est devenu l'article 24.

9. L'embonpoint pris par la disposition constitutionnelle a permis de rendre compte, parfois trop timidement, des progrès accomplis par le droit de l'enseignement en un siècle et demi. Le droit à l'enseignement, l'obligation scolaire, la gratuité et le subventionnement y sont évoqués. En revanche, la réécriture de la disposition constitutionnelle répondait exclusivement à des préoccupations d'ordre interne. Le Constituant ne s'est pas soucié de mettre son texte en conformité avec le droit international des droits de l'homme (51).

Trois caractéristiques méritent par ailleurs d'être relevées.

Il est tout d'abord symptomatique de constater que la déclaration de révision de la Constitution du 8 novembre 1987, la première qui ouvrait l'article 17 à révision, s'était bien gardée de permettre que l'on modifie les mots : «l'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite». Dès l'entame de la procédure de révision, le Gouvernement précise cependant dans sa Note explicative :

«Le premier alinéa de l'article 17 est maintenu avec toute la jurisprudence à laquelle il a donné lieu, notamment :

- la liberté des pouvoirs publics, autres que l'Etat et les Communautés, et des personnes privées d'organiser un enseignement et d'en définir librement notamment le caractère et les méthodes pédagogiques; les personnes privées peuvent en outre déterminer librement la tendance de leur enseignement; cet alinéa garantit également l'autonomie des institutions universitaires libres, en ce qui concerne leur organisation et leur gestion, l'enseignement et la recherche ainsi que la gestion de leur budget;

(51) L'on chercherait en vain, parcourant les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle, la moindre référence au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou à la Convention européenne des droits de l'homme.

– la liberté des parents ou des élèves de choisir eux-mêmes une école. Ce qui implique qu'à des conditions raisonnables, qui se traduiront en critères objectifs, ils auront accès à une école conforme à leur choix.

A cet égard, on pense notamment, mais non exclusivement, aux dispositions prévues en faveur des écoles de libre choix non confessionnelles et confessionnelles.

La signification de l'expression 'l'enseignement est libre' est davantage explicitée dans la disposition nouvelle: 'La Communauté assure le libre choix des parents' (52).

De prioritaire qu'elle était en 1831, la liberté organisationnelle a été ravalée au rang de liberté instrumentale dont la consécration ne se justifie plus que dans la mesure où elle permet de garantir le libre choix.

Ensuite, sans être explicitement consacré par la loi du Pacte scolaire (53), le principe d'égalité fait son apparition dans l'article relatif au droit à l'enseignement alors qu'il figure déjà en bonnes places ailleurs dans le texte fondamental (54). Certes, l'équilibre entre les réseaux, condition du libre choix des parents, est au fondement du Pacte, l'objectif de sa réalisation étant réaffirmé avec force par le protocole de 1973. La rédaction de l'article 24, §4, de la Constitution est d'ailleurs directement inspirée de celui-ci (55). Il était cependant d'autant moins nécessaire de lui consacrer une nouvelle disposition que l'article 142 de la Constitution étendait la compétence de la Cour d'arbitrage non seulement à l'article 24 mais également aux articles 10 et 11, sièges historiques de cette matière. Qu'on ressente néanmoins le besoin de le réaffirmer est révélateur des craintes suscitées par la communautarisation de l'enseignement, particulièrement le souci de protéger les établissements libres francophones d'une éventuelle politique laïque menée en Communauté française. La Constitution ne charge plus le législateur de prendre en compte les caractéristiques propres à chaque réseau, comme dans le Protocole de 1973, mais seulement à chaque pouvoir organisateur. Cette approche plus décentralisée est délibérée :

«c'est intentionnellement que l'on n'a pas voulu parler, dans le texte du nouvel article 17 en projet, des caractéristiques spécifiques des grands réseaux établis. Le texte ne s'inscrit pas dans la tendance à réduire les réseaux d'enseignement à deux grands blocs, un bloc neutre et un bloc catholique. Il reconnaît au contraire le droit à l'existence d'un grand nombre d'initiatives éventuelles émanant de divers types de pouvoirs organisateurs. Notre Constitution garantit une grande pluralité d'initiatives, notamment et surtout à l'intérieur du 'réseau libre'. Cela ouvre pour

(52) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 100-1/1°, p. 2.

(53) Voy. les références citées dans X. DELGRANGE, «L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», in B. SCHEPENS (coord.), *Quels droits dans l'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 51-92.

(54) Voy., dans cet ouvrage, la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGENBROECK.

(55) Voy. la Note explicative, *op. cit.*, p. 5 (à propos du pacte de 1973, voy. ci-avant, n° 7).

l'avenir bien des perspectives, dont les 'nouvelles écoles' actuelles (Steiner, etc.) ne sont probablement que des précurseurs» (56).

Si l'inscription du principe d'égalité au sein de l'article constitutionnel consacré au droit de l'enseignement répondait moins à une logique juridique qu'il témoignait des craintes suscitées par la communautarisation de l'enseignement, il anticipait cependant la formidable ampleur que prendra l'exigence d'égalité, qui primera peu à peu sur la liberté d'enseignement demeurant pourtant au frontispice de la même disposition (57). Alors que le législateur s'efforçait jusque là de traiter de manière égale les réseaux et, à travers ceux-ci, les établissements d'enseignement, afin de garantir l'effectivité du libre choix des parents, la préoccupation va basculer vers le souci d'assurer l'égalité des élèves quelle que soit la nature juridique de l'établissement qu'ils fréquentent, et par ce biais donner davantage de contenu à leur droit à l'enseignement.

Enfin, réécrivant l'article 17, le Constituant s'était focalisé sur l'enseignement obligatoire. Que le souci principal ait été le libre choix des parents et la source d'inspiration le Pacte scolaire (58) suffisent à le démontrer. Il a néanmoins partiellement (59) adapté le texte de manière à ce que celui-ci s'applique également à l'enseignement supérieur et particulièrement universitaire (60). Il n'empêche que la disposition s'adresse intégralement à l'enseignement obligatoire alors qu'elle ne s'appliquera à l'enseignement universitaire que moyennant des aménagements parfois importants, qui se traduiront nécessairement dans la jurisprudence.

Ces trois caractéristiques vont déterminer la démarche de la Cour constitutionnelle qui va donc élaborer deux jurisprudences distinctes. La première, relative à l'enseignement obligatoire, verra son centre de gravité évoluer du libre choix des parents vers le droit à l'enseignement des élèves. La seconde, valable pour l'enseignement supérieur, se concentrera sur deux éléments souvent contradictoires : renforcer le droit à l'enseignement des étudiants et assurer la compétitivité internationale de l'enseignement supérieur.

(56) Déclaration du Secrétaire d'Etat à l'Education nationale (N), Rapport de la Commission du Sénat, *op. cit.*, pp. 35-36.

(57) Voy., à cet égard, H. DUMONT, «Du pacte scolaire au décret 'missions', quels déplacements? Approche juridique», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *op. cit.*, pp. 490-505.

(58) Même si celui-ci a également vocation à s'appliquer à l'enseignement supérieur non universitaire.

(59) N'a notamment pas été intégrée l'exigence de progresser vers la gratuité de l'enseignement supérieur (voy., *infra*, n° 63).

(60) Voy. la Note explicative, *op. cit.*, p. 5.

B. – LE DROIT DE L'ENSEIGNEMENT OBLIGATOIRE

10. On le sait (61), la liberté d'enseignement se partage entre quatre titulaires, aux intérêts le plus souvent complémentaires mais qui peuvent dans certains cas se révéler divergents : les personnes qui organisent un enseignement, les parents qui choisissent l'école de leurs enfants, ces derniers qui ont le droit et le devoir de recevoir un enseignement et enfin, au milieu de ces acteurs, les enseignants dont la fonction ne peut guère s'imaginer sans qu'un minimum de liberté ne soit préservée.

Dès le début de l'exercice de sa compétence en matière d'enseignement, la Cour intégra l'esprit de la réforme constitutionnelle, définissant la liberté organisationnelle en la reliant directement avec la liberté de choix :

«La liberté de choix des parents ne saurait être dissociée du droit de créer des établissements d'enseignement et du droit au subventionnement que possèdent lesdits établissements. En effet, le libre choix des parents ne peut être pleinement réalisé que si la liberté des pouvoirs organisateurs d'organiser un enseignement et le droit au subventionnement que possède en principe cet enseignement ne sont pas limités de manière illégitime» (62).

La question sensible de la procédure d'inscription des élèves lors de l'entrée dans l'enseignement secondaire a été l'occasion pour la Cour constitutionnelle de constater la prépondérance du libre choix sur la liberté organisationnelle, notamment sur la latitude de sélectionner son public : «l'obligation qui incombe à l'autorité scolaire (...) de motiver un refus consolide même la liberté de choix des parents du fait qu'elle incite les autorités scolaires à faire preuve de circonspection, d'une part, et qu'elle permet le contrôle juridictionnel de la légalité des motifs, d'autre part» (63).

Renforçant la prépondérance de la liberté de choix, la Cour considère même que la finalité de l'article 24, §4, de la Constitution, qui applique le principe d'égalité à l'enseignement, est aussi d'assurer la liberté de choix : «l'égalité, en matière d'enseignement, garantit le libre choix des parents» (64).

Depuis une bonne dizaine d'années, la section de législation du Conseil d'Etat a constaté que, lorsqu'il intervient en matière d'enseignement, le législateur adopte souvent des mesures qui «ont pour effet de rendre plus uniformes les règles de fonctionnement des établissements d'enseignement, quels que soient les réseaux auxquels ils appartiennent. Cela ne peut se faire qu'au détriment de la liberté d'organiser un enseignement. Les établissements subventionnés, et spécialement le réseau libre, voient leurs

(61) Voy., *supra*, n° 1.

(62) C.C., arrêt n° 25/92, du 2 avril 1992, B.4.1. à B.4.3.

(63) C.C., arrêt n° 110/98, du 4 novembre 1998, B.3.3.

(64) C.C., arrêt n° 38/91, du 5 décembre 1991, B.3.5.

libertés réduites en matière de programmes d'études, de choix pédagogiques, de niveau des études, de choix des élèves, etc.». Il appartient à chaque fois au législateur «d'apprécier si, en l'espèce, la mise en balance de divers aspects du droit à l'enseignement, à savoir le droit à l'égalité des élèves, la liberté d'organiser un enseignement et le droit de la communauté d'établir des règles de subventionnement de cet enseignement, est réalisée d'une manière raisonnable» (65).

A la lumière de la jurisprudence constitutionnelle qui a validé cette évolution législative, Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier concluent que la Cour fait preuve d'une moindre sévérité lorsqu'il s'agit d'assurer la liberté de création d'écoles, «mais elle pousse plus loin ses investigations pour s'assurer de ce que, celles-ci étant organisées, les conditions de leur existence sont suffisantes pour garantir l'exercice de la liberté passive de l'enseignement» (66).

11. La lecture des arrêts plus récents de la Cour constitutionnelle invite toutefois à considérer que c'est désormais le droit des élèves à un enseignement qui prime sur le libre choix des parents et, partant, la liberté organisationnelle des écoles (67). C'est en se fondant sur ce droit que la Cour a notamment validé un strict contrôle de la Communauté française sur l'enseignement à domicile, qui présente la caractéristique de n'être point subventionné et peut à ce titre revendiquer la plus grande liberté organisationnelle (68). Le droit à l'enseignement est consacré d'une manière quasi incidente dans la Constitution, blotti au paragraphe 3 de l'article 24. Il est

(65) Avis n° 26.242/2 du 23 avril 1997 sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 152/1. Cette observation a été reproduite à plusieurs reprises, la dernière fois à ce jour dans l'avis n° 43.345/2 du 10 septembre 2007 sur un avant-projet devenu le décret du 7 décembre 2007 organisant la différenciation structurelle au sein du premier degré afin d'amener l'ensemble des élèves à la maîtrise des socles de compétences, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2007-2008, n° 471/1.

(66) P. VANDERNOOT ET J. SOHIER, *op. cit.*, p. 166.

(67) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 86 à 88.

(68) La section du contentieux du Conseil d'Etat avait déjà emprunté cette voie. Invitée à suspendre un arrêté fixant des conditions auxquelles doit répondre l'enseignement à domicile pour satisfaire à l'obligation scolaire, elle a en effet rappelé que la liberté d'enseignement consacrée par l'art. 24, §1^{er}, de la Constitution «ne saurait être interprétée comme interdisant toute mesure contraignante en matière d'enseignement», que cette disposition doit en effet être lue en combinaison avec le libre choix des parents et le principe d'égalité des élèves : «en permettant de vérifier que tous les élèves bénéficient d'un niveau d'études équivalent», l'arrêté ne viole pas l'art. 24 de la Constitution. Le Conseil d'Etat s'est encore fondé sur l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui impose que dans toute décision concernant les enfants, l'intérêt supérieur de ceux-ci «doit être une considération primordiale», pour estimer qu'il «n'est ni déraisonnable ni disproportionné d'imposer qu'un élève, dont il a été constaté par deux fois qu'il ne bénéficie pas d'un niveau d'études suffisant, soit inscrit dans un établissement organisé, subventionné ou reconnu par la Communauté française (C.E., arrêt *asbl Notre-Dame de la Sainte-Espérance*, n° 87.093, du 9 mai 2000). Ce raisonnement a par la suite été avalisé par la Cour constitutionnelle (C.C., arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.27.2).

pourtant mis en exergue par le droit international des droits de l'homme. Que l'on songe à l'article 2 du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, qui débute par ces mots : « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ».

L'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (PIDESC), tout comme l'article 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, les deux instruments phares de l'ONU en la matière, consacrent également, dès l'entame, « le droit à l'éducation ».

La Cour constitutionnelle relie ces différentes dispositions conventionnelles avec la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008 qui a eu pour objet de rappeler à toutes personnes et autorités le cœur de la Convention relative aux droits de l'enfant. L'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution dispose désormais : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale » (69). La Cour en déduit que le droit à l'enseignement des enfants doit, en cas de conflit, prévaloir sur les autres aspects de la liberté d'enseignement, que ce soit dans sa dimension organisationnelle ou même le libre choix qu'elle postule :

« Si la liberté d'enseignement comporte le libre choix des parents de la forme de l'enseignement, et notamment le choix d'un enseignement à domicile dispensé par les parents, ou d'un enseignement dispensé dans un établissement d'enseignement qui n'est ni organisé, ni subventionné, ni reconnu au sens de l'article 3 du décret, ce libre choix des parents doit toutefois s'interpréter en tenant compte, d'une part, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit fondamental à l'enseignement et, d'autre part, du respect de l'obligation scolaire (...).

Le droit à l'enseignement de l'enfant peut par conséquent limiter la liberté de choix des parents et la liberté des enseignants quant à l'enseignement qu'ils souhaitent dispenser à l'enfant soumis à l'obligation scolaire. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que, lorsqu'au lieu de le conforter, les droits des parents entrent en conflit avec le droit de l'enfant à l'instruction, les intérêts de l'enfant priment (voy. CEDH, 30 novembre 2004, décision *Bulski c. Pologne*; voy. aussi CEDH, 5 février 1990, décision *Graeme c. Royaume-Uni*, 30 juin 1993, *B.N. et S.N. c. Suède* et 11 septembre 2006, décision *Fritz Konrad et autres c. Allemagne*) (70).

(69) Voy., dans cet ouvrage, la contribution d'A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON.

(70) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.16.2. et B.17.2. et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.5.2. et B.6.2. Dans le même sens : « Dans le contexte de l'enseignement, la liberté d'expression garantie par l'article 19 de la Constitution constitue un aspect de la liberté active de l'enseignement, conçue comme la liberté de dispenser un enseignement selon ses conceptions idéologiques, philosophiques et religieuses. Comme la liberté active de l'enseignement, cette liberté d'expression dans l'enseignement n'est toutefois pas absolue; elle doit en effet se concilier avec le droit à l'enseignement des enfants, et avec l'objectif d'ouvrir l'esprit des enfants au pluralisme et à la tolérance, qui sont essentiels à la démocratie » (B.17.3.). Voy. M. EL BERHOUMI, « L'enseignement à domicile perquisitionné. Commentaire de l'arrêt 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009, p. 703.

En l'état actuel de la jurisprudence et des priorités politiques, il faut donc considérer que la primauté est accordée au droit à l'enseignement (1). C'est à l'aune de celui-ci que s'appréciera le libre choix reconnu aux parents (2) et la liberté organisationnelle, ravalée au rang de liberté instrumentale qui n'est plus consacrée que dans la mesure où elle contribue à l'effectivité du libre choix (3).

1. – *Le droit à l'enseignement*

12. L'article 24, §3, alinéa 1^{er}, première phrase, de la Constitution, dispose : «chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et des droits fondamentaux». Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le droit à l'enseignement sera le plus souvent associé à l'accès et donc à la gratuité, qui fait justement l'objet de la deuxième phrase du même alinéa constitutionnel, elle-même liée à l'obligation scolaire : «l'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire». Comme le relève la Cour, «il ressort en effet des travaux préparatoires de l'article 17 ancien de la Constitution que le Constituant a lié la gratuité de l'enseignement à son caractère obligatoire (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1988, n° 100-1°, pp. 3-4). Son but était d'ériger en une garantie constitutionnelle le principe, déjà consacré par la législation du Pacte scolaire, selon lequel l'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'au terme de l'obligation scolaire dans les écoles organisées ou subventionnées par les pouvoirs publics» (71).

La Cour précise que «ces droits fondamentaux, dont le respect s'impose au législateur dans la législation relative à l'enseignement, résultent non seulement des autres dispositions du Titre II de la Constitution mais également des traités internationaux portant sur cet objet qui sont obligatoires pour la Belgique au niveau international et qui ont fait l'objet d'une réception dans l'ordre juridique interne» (72). Justement, en requérant la gratuité et l'obligation scolaire, le texte constitutionnel ne fait que suivre la voie tracée par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et la Convention relative aux droits de l'enfant sur le chemin de la concrétisation du droit à l'enseignement.

Si les deux mamelles du droit à l'enseignement sont donc l'obligation scolaire (b) et la gratuité (c), l'élève ne peut en bénéficier que s'il accède à un établissement (a) où il pourra encore revendiquer l'égalité (d) et la liberté (e). Pour ne pas vider ce droit de toute utilité, il doit être reconnu des effets au diplôme sanctionnant les enseignements suivis (f). Toutes ces facettes font l'objet d'une protection juridictionnelle (g).

(71) C.C., arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, B.2.8. Voy. aussi C.C., arrêt n° 12/94, du 3 février 1994, B.7.2.

(72) C.C., arrêt n° 33/92, du 7 mai 1992, B.4.1. Voy. aussi C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.19.1.

a) *L'accès à un établissement*

13. L'accès à une école conditionne évidemment la jouissance au droit à l'enseignement. Cela suppose que soit tout d'abord reconnu un droit à l'inscription de l'élève, puis que celui-ci soit préservé en cas d'exclusion d'un établissement.

14. L'évolution de la jurisprudence en matière de droit à l'inscription – et de l'autre face de la médaille, à savoir le pouvoir de sélection reconnu aux établissements – est révélatrice du glissement qui s'est peu à peu opéré : elle part de la primauté de la liberté organisationnelle pour parvenir à la suprématie du droit à l'enseignement en passant par la prépondérance du libre choix.

Pendant longtemps, l'inscription de l'enfant dans une école a été réglée selon les standards du droit administratif. Si le choix se portait sur un établissement libre, même si celui-ci est en charge d'un service public fonctionnel, une relation contractuelle se nouait entre les parents et le pouvoir organisateur. Au nom du principe de liberté contractuelle, les écoles libres étaient autorisées à choisir leurs cocontractants. Les établissements organisés par l'Etat étaient en revanche, en tant que service public organique, tenus d'accueillir tout enfant qui se présentait. Les autres établissements officiels, relevant de pouvoirs locaux, devaient faire de même à l'égard de tout enfant de leur ressort (73). La Cour constitutionnelle a pris acte de ce qu'existait en l'espèce une différence objective entre les établissements libres et officiels, qui justifiait un traitement différencié par la réglementation décrétable : «les principes d'égalité et de non-discrimination, tels qu'ils sont inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, et, en ce qui concerne les établissements de l'enseignement communautaire, la règle de la neutralité, contenue dans l'article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution s'opposent à ce qu'un établissement de l'enseignement officiel dispose, s'agissant de l'accès des élèves à l'enseignement, d'une latitude égale à celle d'un établissement de l'enseignement libre subventionné pour ce qui est de choisir la conception religieuse ou philosophique qui fonde l'enseignement dispensé. Il y a là, entre l'enseignement officiel et l'enseignement libre, une différence objective que la Constitution impose au législateur décrétable de respecter. Elle justifie en l'espèce, compte tenu du lien qui existe entre la politique d'accès à l'enseignement et le projet pédagogique prôné, que l'accès à un établissement de l'enseignement libre subventionné puisse être subordonné à des conditions différentes de celles qui régissent l'accès à un établissement de l'enseignement officiel» (74). Si la Cour constitutionnelle justifiait ainsi la

(73) Voy. J. SAMBON, «Le droit à l'enseignement», *Droit communal*, 1996, pp. 234-245, et les réf. citées par l'auteur.

(74) C.C., arrêt n° 110/98, du 4 novembre 1998, B.5.3. Voy. déjà C.C., arrêt n° 26/92, du 2 avril 1992, 3.B.6. et arrêt n° 27/92, du 2 avril 1992, 4.B.2.

pertinence du maintien d'une possibilité de sélection pour certains établissements, elle ne s'en écartait pas moins de la solution que le Conseil d'Etat avait forgée. Ce dernier avait envisagé la question des inscriptions sous l'angle du clivage entre l'enseignement de la Communauté et l'enseignement subventionné, officiel ou libre. Il affirmait ainsi que «les pouvoirs organisateurs subventionnés sont fondés à refuser une inscription pour des motifs pertinents et juridiquement admissibles» (75).

En 2001, la Cour constitutionnelle a ensuite, sinon opéré un revirement de jurisprudence, du moins changé de point de vue, mettant désormais en exergue le libre choix des parents et son corollaire le droit à l'inscription qui limite nécessairement la liberté organisationnelle des établissements. Cette limitation n'est pas disproportionnée notamment pour deux motifs. D'une part, le droit à l'inscription n'est pas absolu puisque les parents doivent adhérer au projet pédagogique de l'établissement choisi. D'autre part, l'école peut exclure l'élève «pour non-respect des conditions convenues, ou en appliquant les règles existantes en matière d'ordre et de discipline» (76). La Cour constitutionnelle précise ainsi que la liberté de choix des parents, consacrée par l'article 24, §1^{er}, alinéa 2, de la Constitution et l'article 2 du Premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, «n'implique pas que les parents et les élèves aient un droit inconditionnel d'inscription dans l'école de leur choix» (77). Il n'est toutefois désormais plus question d'une différence objective entre l'enseignement officiel et libre (78).

15. Comme le précise le Conseil d'Etat, «le droit à l'instruction garanti par l'article 2 du premier protocole additionnel (de la Convention européenne des droits de l'homme) n'interdit pas aux établissements d'enseignement de renvoyer les élèves pour des raisons disciplinaires» (79). Encore faut-il qu'une procédure soit mise en place pour que l'élève renvoyé d'un établissement puisse poursuivre sa scolarité dans un autre établissement. En effet, la sanction disciplinaire ne peut aboutir à la déchéance du droit

(75) C.E., arrêt *Liemlahi*, n° 47.031, du 27 avril 1994. Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Inscrire son enfant dans une école francophone. Comment sortir du libre de la jungle?», *T.O.R.B.*, 2008-2009, n° 6, p. 464.

(76) C.C., arrêt n° 131/2003, du 8 octobre 2003, B.5.6. Cet arrêt valide le décret de la Communauté flamande du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances en éducation-I. F. ORNELIS ET B. VERBEECK, «Streven naar gelijke onderwijskansen in Vlaanderen», *Selectie bij toegang tot het onderwijs, juridische aspecten*, Deventer, Kluwer, 2009; F. ORNELIS et B. STEEN, «Het inschrijvingsrecht in het Vlaamse leerplichtonderwijs: hoeksteen of struikelsteen voor meer gelijke onderwijskansen?», *C.D.P.K.*, 2004, pp. 183-210. Le raisonnement peut être transposé en Communauté française où les conditions d'inscription depuis la modification du décret «missions» par le décret sont très similaires (voy. J. SAMBON, «Les modifications apportées en matière d'inscription scolaire et de gratuité de l'enseignement», *A.P.T.*, 2002, pp. 295-302).

(77) C.C., arrêt n° 110/98, du 4 novembre 1998, B.3.2. et arrêt n° 131/2003, précité, B.5.1.

(78) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

(79) C.E., arrêt *Wawali*, n° 126.941, du 8 janvier 2004.

fondamental à l'enseignement (80). En Communauté française, le décret «missions» met en place une procédure qui est censée garantir à l'élève exclu son inscription dans un autre établissement (81). La Communauté ne pourrait sans méconnaître son obligation positive de garantir le droit à l'enseignement, laisser son élève sans école, en tout cas lorsqu'il est soumis à l'obligation scolaire (82).

b) *L'obligation scolaire*

16. Que l'élève soit obligé de jouir de son droit à l'enseignement (83) confère à ce dernier une densité particulière, qui le distingue des autres droits, en lui assurant un haut degré d'effectivité et en contribuant à son égale accessibilité (84). Tant le PIDESC que la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux Etats parties de rendre l'enseignement primaire obligatoire pour tous (85). La Constitution belge évoque certes l'obligation scolaire en son article 24, mais seulement en lien avec la gratuité (§3, al. 1^{er}) et avec le droit à une éducation morale ou religieuse (§1^{er}, al. 4, et §3, al. 2). Elle ne consacre toutefois pas explicitement son principe ni sa durée, réservant à cet égard la compétence au législateur fédéral (art. 127,

(80) J. SAMBON, «Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *op. cit.*, p. 317.

(81) Art. 80 à 82, 89 et 90 du décret «missions». Voy. J. SAMBON, «Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription...», *op. cit.*, pp. 332-334. En Communauté flamande, la procédure est réglée par les articles 74*octies-undecies* du Onderwijsdecreet II du 31 juillet 1990, voy. B. VERBEECK, *Rechtsbescherming van de leerling/student in het Vlaams onderwijslandschap*, Coll. C.A.B.G., Gent, Larcier, 2008, pp. 41-43; R. VERSTEGEN, «Het leerlingenstatuut in de Vlaamse Gemeenschap», *T.J.K.*, 2008, pp. 171-172.

(82) La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat rappelle que la Communauté «a, en tant que telle, en vertu de l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, l'obligation d'orienter l'élève soumis à l'obligation scolaire et en mal de trouver un établissement disposé à l'inscrire vers un ou plusieurs des établissements qu'elle organise, qui répondent aux aspirations du jeune et de ses parents et qui soient en mesure de l'accueillir» (C.E., arrêt *Mossaïd*, n° 67.287, du 2 juillet 1997). Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, Observations sous C.E., arrêt *Mossaïd*, n° 67.287, du 2 juillet 1997, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 409-415. Voy., dans le même sens, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 36.796/2 du 5 avril 2004 sur un avant-projet devenu le décret du 12 mai 2004 portant diverses mesures de lutte contre le décrochage scolaire, l'exclusion et la violence à l'école, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 535/1, observation sous l'article 26.

(83) Comme le relève Raf Verstegen, il n'existe en fait pas d'obligation scolaire mais une instruction obligatoire puisque l'enseignement à domicile est permis (R. VERSTEGEN, «Het leerlingenstatuut in de Vlaamse Gemeenschap», *op. cit.*, p. 169). Le terme néerlandais «*leerplicht*» est dès lors davantage idoine que sa version française d'obligation scolaire.

(84) Voy. not. K.D. BEITER, *The Protection of the Right to Education by International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 31-32, et réf. citées. Comme le rappelle la Cour constitutionnelle, «en fixant une période durant laquelle l'enseignement est obligatoire pour tous les enfants, l'obligation scolaire tend à protéger les enfants et à assurer l'effectivité de leur droit à l'éducation» (C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.18.1.).

(85) Art. 13.2.a) du PIDESC et art. 28.1.a) de la Convention des droits de l'enfant.

§1^{er}, 1^o, a). Il faut donc se tourner vers la loi du 29 juin 1983 pour en connaître la portée exacte (86).

Le maintien de cette compétence dans le giron de l'autorité fédérale, qui s'explique par le lien entre la durée de l'obligation scolaire et les prestations de sécurité sociale, à savoir le chômage des jeunes (87), est source de paralysie. En effet, le législateur fédéral ne se préoccupe plus du droit de l'enseignement, si bien que les Communautés sont tentées d'user de méthodes de contournement pour faire évoluer la réglementation (88). Il faut ajouter à cela que seule l'autorité fédérale est compétente pour veiller au respect de l'obligation scolaire dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, à tout le moins à l'égard des enfants qui ne sont pas inscrits dans une école organisée ou subventionnée par une communauté. Sur ce territoire, les Communautés ne sont en effet compétentes qu'à l'égard des institutions qui, par leurs activités, se rattachent exclusivement à la Communauté française ou à la Communauté flamande. Les élèves ou leurs parents ne relèvent de la compétence des communautés que lorsque celles-ci peuvent s'adresser à eux par le biais d'une école relevant de leur compétence (89). Or, l'autorité fédérale n'assure plus le respect de la loi de 1983, si bien que les Communautés doivent là aussi pallier tant bien que mal, en marge de la Constitution, cette défection (90). Pourtant, comme le relève la Cour constitutionnelle, «l'obligation scolaire, qui vise à garantir l'exercice réel du droit à l'enseignement dans l'intérêt de l'enfant, doit pouvoir être contrôlée de manière effective» (91). A cette fin, les communautés sont légitimement conduites à

(86) Voy. not. B. SCHEPENS, «Le statut de l'élève», in B. SCHEPENS (coord.), *Quels droits dans l'enseignement?...*, op. cit., pp. 139-143.

(87) C'est d'ailleurs cette problématique qui est la *ratio legis* du prolongement de l'obligation scolaire de 16 à 18 ans. «La réforme peut être inspirée en 1983 par un soucis qui ne peut être considéré comme passager : le sous-emploi des jeunes» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 645-1, p. 2).

(88) Ainsi, sans formellement toucher au début ou à la fin de l'obligation scolaire, le décret de la Communauté flamande du 20 mars 2009 relatif aux conditions d'admission à l'enseignement primaire ordinaire et à la déclaration d'engagement entre l'école et les parents dans l'enseignement fondamental et secondaire impose, à certains élèves, d'avoir fréquenté l'école maternelle pour pouvoir s'inscrire en primaire. La section de législation du Conseil d'Etat n'y a pas vu de difficulté au regard de la répartition des compétences (avis n° 45.335/1 du 13 novembre 2008, *Doc.*, VI. Parl., sess. 2008-2009, n° 2018/1).

(89) En ce sens, C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.9.2.; l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 41.215/ du 11 octobre 2006 sur un avant-projet devenu le décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection, au service de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement organisé par la Communauté française, aux cellules de conseil et de soutien pédagogiques de l'enseignement subventionné par la Communauté française et au statut des membres du personnel du service général de l'inspection et des conseillers pédagogiques, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2006-2007, n° 340/1, pp. 166-167, obs. sous l'art. 171. Voy. M. EL BERHOUMI, «L'enseignement à domicile perquisitionné...», op. cit., pp. 702-703.

(90) Voy. le protocole de coopération entre la Communauté française et la Communauté flamande signé le 12 novembre 2008 dans lequel les deux entités s'engagent notamment à créer une cellule commune pour contrôler le respect de l'obligation scolaire à Bruxelles.

(91) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.41.2. et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.23.2.

mettre en place des mécanismes de contrôle «permettant de vérifier que tous les enfants reçoivent effectivement, fût-ce à domicile, un enseignement permettant de satisfaire à l'obligation scolaire, afin de garantir ainsi leur droit à l'instruction» (92).

17. L'obligation scolaire est une obligation de résultat et pas seulement de moyens. La Cour constitutionnelle a ainsi validé le décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, en ce qu'il prévoit que, si l'inspection constate, au terme d'une longue procédure, que le niveau d'études de l'enfant scolarisé en dehors d'un établissement organisé ou subventionné par la Communauté présente des lacunes, il sera obligatoirement inscrit dans un tel établissement (93).

Pour le reste, l'obligation scolaire ne suscite guère de contentieux relativement à des questions de principe.

Certains enfants semblent néanmoins privés, par les autorités belges elles-mêmes, de la possibilité de satisfaire correctement à l'obligation scolaire. Il s'agit notamment de ceux qui accompagnent, dans les centres fermés, leur famille candidate au statut de réfugié (94). Si cette situation se confirme, ils sont manifestement victimes d'une violation de la Constitution (95), du PIDESC et de la Convention relative aux droits de l'enfant. En revanche, en l'état actuel de la jurisprudence, l'obligation scolaire ne suffit pas à prénunier une famille en situation irrégulière d'une expulsion (96).

(92) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.18.2. et arrêt n° 168/2009, précité, B.7.2.

(93) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.27.2. : «la liberté de choix des parents quant à l'enseignement qu'ils veulent dispenser à leur enfant n'est ainsi limitée que dans la mesure où leur choix aboutit à un enseignement qui a été, par deux fois, considéré comme déficient, et qui méconnaît ainsi le droit à l'enseignement de l'enfant». Voy. M. EL BERHOUMI, «L'enseignement à domicile perquisitionné...», *op. cit.*, p. 703.

(94) Voy. les réf. citées dans X. DELGRANGE, «L'enseignement et les étrangers – Synthèse des travaux en atelier», in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, XX^e Journées juridiques Jean Dabin organisées les 13-14 novembre 2008 à Louvain-La-Neuve, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 527 et s.

(95) La Cour constitutionnelle a considéré que l'art. 2.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui oblige les Etats parties à prendre «toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation (...) de ses parents», combiné à l'art. 27 de la même convention qui consacre le droit des enfants à un niveau de vie suffisant, s'oppose à ce que la limitation de la mission des CPAS à l'octroi de l'aide médicale urgente à l'égard d'un étranger en séjour illégal s'applique à ses enfants. Ceux-ci ont donc droit à l'aide sociale refusée à leurs parents (C.C., arrêt n° 106/2003, du 22 juillet 2003). Ce raisonnement peut être transposé à l'obligation scolaire des enfants en séjour illégal, si l'on combine cette fois les art. 2.2 et 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

(96) La Cour européenne des droits de l'homme relève ainsi que «les organes de la convention ont reconnu que, même si l'expulsion des intéressés du pays d'accueil les empêchait d'y poursuivre leurs études, cette mesure ne pouvait pas s'analyser, en elle-même, en une atteinte à leur droit à l'instruction au sens de l'article 2 du Protocole n° 1» (Cour eur D.H., arrêt *Vikulov et autres c. la Lettonie*, du 25 mars 2004, req. 16870/03). Voy. S. BOUCKAERT, «Onderwijs voor minderjarige vreemdelingen zonder wettig verblijf: ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak», *T.O.R.B.*, 2007-2008, pp. 387-405.

c) *La gratuité*

18. L'article 24, §3, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution dispose : «L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire» (97). En cette matière, le Constituant s'est montré particulièrement pusillanime, tant au regard de la loi du Pacte scolaire que des engagements internationaux pris depuis lors par l'Etat belge.

19. La loi du Pacte scolaire distinguait déjà la gratuité de l'enseignement de la seule gratuité de son accès, à savoir l'absence d'un minerval. L'article 12 de cette loi garantissait la gratuité de l'accès à l'enseignement gardien, primaire et secondaire, y prohibant donc tout minerval. En revanche, la gratuité de l'enseignement n'était assurée que pour l'enseignement gardien et primaire, où les établissements de l'Etat et subventionnés devaient assurer sans frais «la délivrance des livres et objets classiques». La loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire a étendu la gratuité à l'enseignement secondaire, précisant que les manuels et fournitures scolaires sont distribués gratuitement, l'Etat prenant le coût de cette distribution à sa charge (98). En ne garantissant que la gratuité de l'accès à l'enseignement, le Constituant a sciemment fait marche arrière (99). Les amendements tendant à remplacer le terme «accès», jugé trop restrictif, furent rejetés (100). Il fut néanmoins précisé que la disposition constitutionnelle établissait un «seuil» et qu'il appartenait aux Communautés d'aller plus loin (101).

La Cour constitutionnelle a immédiatement intégré cette conception restrictive : «les travaux préparatoires de l'article 17, §3, de la Constitution font apparaître que le Constituant a entendu que la phrase 'L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire' fasse l'objet d'une interprétation stricte. Cette disposition implique que seul l'accès à l'enseignement est gratuit, en d'autres termes que l'accès à l'enseignement

(97) Voy. not. J.-M. DERMAGNE, «La gratuité de l'enseignement», in B. SCHEPENS, *Quels droits dans l'enseignement?...*, *op. cit.*, pp. 29-47; F. TULKENS, «Le décret 'missions' ou la gratuité... à frais nouveaux», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *op. cit.*, pp. 365-393.

(98) Voy. l'art. 8 de la loi du 29 juin 1983 qui modifie l'art. 12 de la loi du Pacte scolaire. Les travaux préparatoires précisent qu'il est «logique que tous les élèves soumis à l'obligation scolaire à temps plein bénéficient de la gratuité des manuels et des fournitures scolaires» (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 645/1, p. 11).

(99) Le ministre de l'Éducation nationale (F) le reconnaît : «certes déjà en 1958, il était envisagé d'étendre cette gratuité au niveau de l'enseignement supérieur et d'étendre l'intervention des autorités pour couvrir les frais d'études inhérents à l'enseignement. Mais en 1958, comme maintenant, les possibilités financières ne permettent toujours pas une extension de la notion de gratuité de l'enseignement (Rapport de la Commission du Sénat, *op. cit.*, p. 34). Voy. J. SAMBON, «Le droit à l'enseignement», *op. cit.*, p. 248.

(100) Rapport de la Commission du Sénat, *op. cit.*, pp. 84-85; Rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1988, n° 10/17-455/4, pp. 61-62.

(101) Déclaration du Ministre des Réformes institutionnelles (N), Rapport de la Commission du Sénat, *op. cit.*, p. 55.

ne peut être limité d'aucune manière, que ce soit par un minerval direct ou indirect ou par l'imposition de conditions financières équivalentes. Cette disposition n'exclut cependant pas qu'une contribution puisse être demandée pour le matériel didactique et pour certaines activités, sans excéder le coût des biens ou prestations nécessaires et fournies» (102). Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la Cour n'en affirme pas moins que «le Constituant de 1988 a érigé en une garantie constitutionnelle dont le respect est assuré par la Cour le principe, déjà consacré par la législation du Pacte scolaire, selon lequel l'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'au terme de l'obligation scolaire dans les écoles organisées ou subventionnées par les pouvoirs publics» (103).

La Cour rappelle par ailleurs que «le Constituant a lié la gratuité de l'enseignement à son caractère obligatoire» (104). Il en résulte que l'enseignement artistique à horaire réduit n'en bénéficie pas.

La Cour a par ailleurs considéré que l'article 24, §3, de la Constitution ne s'applique qu'aux écoles organisées ou subventionnées par les Communautés, à l'exclusion donc de celles qui ne sont que reconnues ou totalement privées, ainsi que des écoles européennes, qui peuvent dès lors exiger un minerval de la part des élèves dont les parents ne sont pas des fonctionnaires européens (105).

20. Le recul opéré par le Constituant de 1988 a eu pour conséquence de placer le texte constitutionnel en retrait par rapport aux engagements pris par l'Etat belge lors de la ratification du PIDESC. Ce dernier impose la gratuité immédiate de l'enseignement primaire et prescrit aux Etats membres de tendre vers la gratuité dans le secondaire, cette dernière obligation étant assortie d'un effet de *standstill* (106).

Invoquant notamment le fait que la gratuité établie par le Pacte scolaire était demeurée largement théorique, les Communautés ont rétabli la possibilité, pour les établissements qu'elles organisent ou subventionnent, de réclamer des frais pour certains services et fournitures limitativement énumérés (107). A chaque fois, la section de législation a dénoncé une violation

(102) C.C., arrêt n° 28/92, du 2 avril 1992, 6.B.5.

(103) C.C., arrêt n° 12/94, du 3 février 1994, B.7.2., et arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, B.2.8.

(104) C.C., arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, B.2.8. Voy., *supra*, n° 13.

(105) C.C., arrêt n° 12/94, du 3 février 1994, B.7.2. Voy. L. VANCRAVEBECK et X. DELGRANGE, «Le statut juridique des écoles européennes en droit public belge et européen», in R. DE GROOF (ed.), *Bruxelles et l'Europe*, Actes du colloque international des 18 et 19 décembre 2006, Bruxelles, ASPeditons, 2008, pp. 435-454.

(106) Voy., dans cet ouvrage, la contribution d'I. HACHEZ. *Adde*, de la même auteure, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

(107) Art. 100 du décret «missions»; art. 27 du décret de la Communauté flamande du 25 février 1997 relatif à l'enseignement fondamental; art. V.13 du décret de la Communauté flamande du 13 juillet 2001 relatif à l'enseignement XIII. La Communauté flamande a cependant

soit de l'obligation de gratuité de l'enseignement primaire, soit du principe de *standstill* dans l'enseignement secondaire puisque ces textes consacraient un recul par rapport à la loi du Pacte scolaire telle que modifiée par la loi relative à l'obligation scolaire (108). S'agissant de l'enseignement fondamental, la section de législation se fonde sur la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle pour considérer que l'obligation de gratuité déduite de l'article 13 du PIDESC est un « objectif qui doit être immédiatement réalisé et qu'il en va d'un droit sanctionné » (109). Elle indique par ailleurs que, si l'article 13 du PIDESC ne garantit formellement que la gratuité de l'accès à l'enseignement, à l'instar de l'article 24 de la Constitution, l'article 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant impose lui la gratuité de l'enseignement et pas seulement de l'accès à celui-ci (110).

Les Communautés semblent en outre perdre de vue l'article 14 du PIDESC qui, il est vrai, était censé s'adresser davantage aux pays dits en voie de développement :

« Tout Etat partie au présent Pacte qui, au moment où il devient partie, n'a pas encore pu assurer dans sa métropole ou dans les territoires placés sous sa juridiction le caractère obligatoire et la gratuité de l'enseignement primaire s'engage à établir et à adopter, dans un délai de deux ans, un plan détaillé des mesures nécessaires pour réaliser progressivement, dans un nombre raisonnable d'années fixé par ce plan, la pleine application du principe de l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ».

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'organe onusien chargé de veiller au respect du PIDESC, a précisé la portée de cette disposition dans son observation générale n° 11 du 10 mai 1999 :

récemment renforcé la gratuité de l'enseignement fondamental, notamment en prohibant désormais tous frais relatifs à des fournitures ou services nécessaires à la réalisation des objectifs finaux (art. 27bis du décret relatif à l'enseignement fondamental, inséré par le décret du 6 juillet 2007; voy. R. VERSTEGEN, « Het leerlingstatuut in de Vlaamse Gemeenschap », *op. cit.*, pp. 169-170).

(108) Avis n° 26.579/2 du 24 juin 1997 sur un amendement au projet devenu le décret « missions », *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 152/71; avis n° 31.566/1 du 2 mai 2001 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande relatif à l'enseignement XIII, *Doc.*, VI. Parl., sess. 2000-2001, n° 729/1; avis n° 42.459/1 du 27 mars 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 6 juillet 2007, *Doc.*, VI. Parl., sess. 2006-2007, n° 1221/1. Voy. encore récemment, à propos de l'augmentation des droits d'inscription dans l'enseignement secondaire de promotion sociale, l'avis n° 46.149/2 du 1^{er} avril 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 portant exécution du Protocole d'accord du 20 juin 2008 conclu pour la période 2009-2010 avec les organisations syndicales représentatives du secteur de l'enseignement, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2008-2009, n° 702/1.

(109) Avis n° 42.459/1 précité (traduction libre), qui renvoie aux arrêts n° 40/94 (C.C., arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, B.2.2.) et n° 28/2007 (C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.4.7.), dans lesquels la Cour affirme, après avoir reproduit l'art. 13 du PIDESC : « En ce qui concerne l'enseignement primaire, la gratuité est un objectif qui doit être immédiatement réalisé ».

(110) Avis n° 26.579/2 précité. Dans l'avis n° 31.566/1 précité, la section de législation précise que l'art. 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant s'oppose à ce qu'une contribution soit demandée pour toute activité obligatoire.

«La nature de cette exigence ne souffre aucune équivoque. Ce droit est formulé explicitement pour bien indiquer que l'enseignement primaire ne doit être à la charge ni des enfants, ni des parents, ni des tuteurs. Les frais d'inscription imposés par le Gouvernement, les collectivités locales ou les établissements scolaires, et d'autres frais directs, sont un frein à l'exercice du droit et risquent de nuire à sa réalisation. Ils entraînent aussi souvent un net recul de ce droit. Le plan exigé doit tendre à leur suppression. Les frais indirects, tels que les contributions obligatoires demandées aux parents (quelquefois présentées comme volontaires, même si cela n'est pas le cas), ou l'obligation de porter un uniforme scolaire relativement coûteux, peuvent également être considérés sous le même angle. D'autres frais indirects peuvent s'avérer acceptables, sous réserve d'un examen par le Comité au cas par cas» (111).

Dans les deux ans de l'entrée en vigueur du PIDESC, la Belgique devait donc adopter un plan portant «sur l'ensemble des mesures à prendre pour garantir la mise en œuvre de chacun des éléments indispensables du droit et être suffisamment détaillé pour garantir la réalisation complète de ce droit» (112). Le Comité a également précisé que la notion de gratuité a la même portée à l'article 13 qu'à l'article 14, si bien que, dans l'enseignement secondaire et supérieur, l'obligation de tendre vers la gratuité ne vise pas le seul accès à l'enseignement (113). Le Comité rappelle que, conformément à l'article 2 du PIDESC, les Etats peuvent faire appel à la coopération internationale et à l'aide des institutions internationales, «notamment l'Organisation internationale du Travail (OIT), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque mondiale, tant en vue de l'élaboration des plans d'action visés à l'article 14 que de leur mise en œuvre ultérieure» (114).

Etrangement, aucun parent, aucune association, ne s'est appuyé sur ces avis du Conseil d'Etat ou sur ces observations du Comité pour introduire un recours devant la Cour constitutionnelle contre les dispositions décretales permettant de réclamer la contribution des parents à des fournitures ou activités imposées par l'école (115).

(111) Observation générale n° 11 «Plans d'action pour l'enseignement primaire (art. 14)» du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (10 mai 1999), §8, ([http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.1999.4.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.1999.4.Fr?OpenDocument)).

(112) Observation générale n° 11, *op. cit.*, §8.

(113) Observation générale n° 13 relative au droit à l'éducation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (8 décembre 1999), §§13, 14 et 20 ([http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.1999.10.Fr?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.1999.10.Fr?OpenDocument)).

(114) Observation générale n° 11, *op. cit.*, §11.

(115) Brecht Steen lit l'avis n° 31.566/1, précité, comme une invitation faite à quiconque, confronté à un problème de paiement de frais dans l'enseignement obligatoire, d'introduire un recours devant les instances juridictionnelles (B. STEEN, «Doorwerking van internationaal recht in het (Vlaamse) onderwijsrecht», in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Doorwerking van internationaal recht in Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, n° 30).

d) *L'égalité par l'uniformité de l'enseignement*

21. Il n'est guère arrivé qu'une norme soit dénoncée comme traitant les élèves de manière discriminatoire. L'on peut toutefois relever la différence de traitement entre les élèves en fonction du cours de religion ou de morale auquel ils sont inscrits, introduite par le décret du 13 juillet 1998 portant organisation de l'enseignement maternel et primaire ordinaire. Ce décret entendait rationaliser l'organisation des cours de religion les moins suivis. Il permettait, pour ces derniers, de regrouper les élèves de différentes classes, au besoin en contrariant l'organisation d'autres activités. Il garantissait néanmoins le droit de chaque élève de suivre le cours de son choix, dût-on pour cela organiser un cours pour un seul élève. La Cour constitutionnelle a validé le système tout en réaffirmant avec force les principes déduits de l'article 24, §3, de la Constitution : « en imposant aux pouvoirs publics, qui organisent des écoles, d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle, le Constituant a défini un droit fondamental. A propos de cet enseignement doit être garantie, en raison de la nature des principes en cause, une égale liberté, non une liberté plus ou moins étendue suivant le nombre des élèves » (116).

22. L'égalité des élèves dans les cours dits généraux est un sujet moins sensible (117). Elle est toutefois généralement invoquée par le législateur, depuis le décret « missions », pour justifier l'uniformisation de l'organisation de l'enseignement (118). La Cour constitutionnelle a ainsi, à de multiples reprises, reconnu que « les objectifs de développement, les objectifs finaux et les socles de compétences sont un moyen adéquat pour assurer l'équivalence des certificats et diplômes et garantir l'équivalence de l'enseignement dispensé dans les établissements que les parents et les élèves peuvent librement choisir » (119). Les élèves ont droit à un niveau égal d'études quel que soit l'établissement qu'ils fréquentent, organisé ou subventionné par la

(116) C.C., arrêt n° 90/99, du 15 juillet 1999, B.6.1. La Cour précise encore : « toute mesure qui serait de nature à empêcher, à entraver ou à pénaliser le choix offert par l'article 24, §1^{er}, alinéa 4, fût-elle économiquement justifiée, violerait cette disposition » (B.6.2.); « l'existence d'un cours de religion ou de morale ne dépend en aucune façon du nombre d'élèves qui y sont inscrits » (B.6.3.).

(117) Voy. toutefois, *infra*, n° 24, à propos de l'égalité des élèves selon qu'ils fréquentent des établissements organisés ou subventionnés par la Communauté ou qu'ils suivent l'enseignement à domicile; et n° 25, à propos de l'équivalence de protection juridictionnelle des élèves suivant qu'ils fréquentent l'enseignement officiel ou libre.

(118) Voy. not. l'exposé des motifs des projets devenus le décret « missions » (*Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 152/1), le décret du 29 mars 2001 visant à réguler les travaux à domicile dans l'enseignement fondamental (*Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 147/1), le décret du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire (*Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 175/1). Voy. aussi les avis de la section de législation du Conseil d'Etat mentionnés *supra*, n° 10, note 65.

(119) C.C., arrêt n° 76/96, du 18 décembre 1996, B.8.3., et arrêt n° 49/2001, du 18 avril 2001, B.10.1. et B.23.1.2.

Communauté, totalement privé et même lorsqu'ils étudient à domicile : « si la liberté d'enseignement, visée à l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, implique le droit d'organiser et d'offrir, sans référence à une conception philosophique confessionnelle ou non confessionnelle déterminée, un enseignement qui trouve sa spécificité dans les conceptions pédagogiques ou éducatives particulières, elle n'empêche toutefois pas que le législateur compétent prenne, en vue d'assurer la qualité et l'équivalence de l'enseignement obligatoire, des mesures qui soient applicables de manière générale, indépendamment de la spécificité de l'enseignement dispensé » (120). Il en résulte notamment que le décret peut, sans méconnaître la liberté d'enseignement, imposer à tous les élèves, même ceux qui étudient à domicile, l'obligation de présenter les épreuves communes menant à la délivrance du certificat d'études de base (121), pour autant que celles-ci soient organisées en prenant en compte les spécificités de l'enseignement à domicile, notamment en ne restreignant pas les possibilités d'obtenir le certificat par ces derniers par rapport à ceux qui fréquentent des établissements organisés ou subventionnés par la Communauté (122).

Cette volonté de la Communauté française d'uniformiser autant que possible l'enseignement restreint considérablement la liberté organisationnelle des établissements d'enseignement et partant le libre choix des parents. Ainsi, les possibilités de dérogations aux socles de compétences ont été réduites à la portion congrue (123).

Lorsque l'on retrouve malgré tout des différences de traitement entre les élèves, par exemple pour l'accès à l'enseignement via l'établissement de priorités à l'inscription, celles-ci doivent faire l'objet d'une justification objective et raisonnable (124), conformément à la méthodologie développée par la Cour constitutionnelle en matière d'égalité et de non-discrimination (125).

(120) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.23.1.1. Voy. déjà l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 43.832/2 du 17 décembre 2007 sur l'avant-projet devenu le décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2007-2008, n° 521/1, obs. sous l'art. 4. Voy. M. EL BERHOUMI, « L'enseignement à domicile perquisitionné... », *op. cit.*, pp. 701-705.

(121) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.30.3. : « ces épreuves standardisées permettent en effet d'évaluer et d'attester les acquis et connaissances de l'enfant, et par conséquent de situer son niveau d'études en fonction de son âge et par rapport aux connaissances élémentaires que ces épreuves tendent à vérifier, sans que l'obligation de présenter ces épreuves puisse influencer, comme telle, l'enseignement dispensé à domicile. Loin de porter atteinte à la liberté de l'enseignement, ces épreuves permettent au contraire aux parents et enseignants d'évaluer, et éventuellement d'adapter, le niveau de l'enseignement qu'ils dispensent ou font dispenser, ainsi que les outils pédagogiques utilisés ».

(122) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.33.5-6.

(123) Voy., *infra*, n° 52.

(124) C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.15.

(125) Voy., outre la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGENBROECK dans cet ouvrage, X. DELGRANGE, « L'égalité dans l'enseignement... », *op. cit.*, pp. 51-92.

e) La liberté des élèves

23. Il est largement admis que la liberté organisationnelle soit limitée non seulement par les droits mais également par les libertés des élèves. L'article 24, §3, de la Constitution, énonce que «chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux». Ce droit constitutionnel est conforté par l'article 13 du PIDESC et l'article 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui garantissent la liberté organisationnelle mais sous réserve que soient respectés certains principes, au premier rang desquels figure l'objectif de «renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (126) qui garantit la liberté des parents «de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics», à la condition toutefois que ceux-ci soient conformes aux normes minimales prescrites ou approuvées par l'Etat. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies en déduit que les Etats doivent exercer un contrôle sur les établissements privés, de manière à s'assurer que ceux-ci respectent les objectifs de l'éducation et se conforment aux normes minimales en la matière (127). C'est notamment afin de satisfaire à cette obligation que la Communauté française a mis en place une procédure de contrôle de l'enseignement dit «à domicile» : la liberté de dispenser un enseignement selon ses conceptions idéologiques, philosophiques et religieuses n'est «pas absolue; elle doit en effet se concilier avec le droit à l'enseignement des enfants, et avec l'objectif d'ouvrir l'esprit des enfants au pluralisme et à la tolérance, qui sont essentiels à la démocratie» (128).

Dans l'enseignement de la Communauté, ce droit est renforcé par l'exigence de neutralité qui, selon l'article 24, §1^{er}, alinéa 3, «implique notamment le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves». Se prononçant sur la loi visant à réprimer le négationnisme, la Cour constitutionnelle a ainsi estimé que «le respect de l'obligation de neutralité ne saurait dès lors impliquer qu'on puisse émettre des opinions ou qu'on doive tenir compte d'opinions telles que celles réprimées par la loi litigieuse et qui, comme il a été dit déjà, portent atteinte à l'honneur et à la réputation d'autrui et constituent une menace pour la démocratie et compromettent ainsi directement ces droits et libertés» (129). Les décrets «neutralité» confirment ce droit en assignant à l'école neutre la tâche d'éduquer les élèves au respect des libertés et droits fondamentaux

(126) Art. 13.1 et 13.4 du PIDESC; art. 29.1,*b*) et 29.2. de la Convention relative aux droits de l'enfant.

(127) Observation générale n° 13 relative au droit à l'éducation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (8 décembre 1999), §§29, 41, 49 et 54 ([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.1999.10.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.1999.10.Fr?OpenDocument)).

(128) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.17.3. *Adde* : B.19.1. et B.23.4.

(129) C.C., arrêt n° 45/96, du 12 juillet 1996, B.10.4.

et en explicitant la liberté d'expression, la liberté religieuse, les libertés de réunion et d'association reconnues aux élèves (130).

Les modalités de l'exercice de ces libertés sont déterminées dans le règlement d'ordre intérieur des écoles, notamment en ce que ce document précise la discipline (131).

24. La question la plus médiatique, s'agissant de la liberté des élèves à l'école, est évidemment celle relative au port du voile. L'on sait que, de part et d'autre de la frontière linguistique, de plus en plus d'écoles modifient leur règlement d'ordre intérieur afin de prohiber le port du voile (132). Les élèves priées de se dévoiler ont introduit des recours, tantôt devant le juge judiciaire, tantôt devant le Conseil d'Etat, suivant la nature libre ou officielle de l'établissement qu'elles fréquentaient (133). Jusqu'à présent, ces juridictions se sont retranchées notamment derrière le caractère provisoire des demandes pour éluder les questions de fond (134). L'état actuel de la jurisprudence permet toutefois de poser deux éléments.

D'une part, puisque la liberté des élèves est en jeu, seul un décret pourrait éventuellement interdire ou permettre à un règlement d'ordre intérieur d'interdire à celles-ci de porter le voile (135).

D'autre part, restreignant les libertés, pareille interdiction doit satisfaire à un strict contrôle de proportionnalité. Le parallèle peut en effet être fait avec la validité d'un règlement de police :

(130) Art. 2 et 3 du décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté; art. 3 et 4 du décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel. Voy. X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 119-160.

(131) Art. 76 et 77bis du décret «missions». Pour la Communauté flamande, voy. R. VERSTEGEN, «Het leerlingenstatuut in de Vlaamse Gemeenschap», *op. cit.*, pp. 170-171; B. VERBEECK, *op. cit.*, pp. 34-36.

(132) Voy. H. DUMONT et X. DELGRANGE, «Le principe du pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique», *Droit et Société*, 68/2008, pp. 75-108.

(133) Voy., *infra*, n° 26.

(134) Voy. les réf. citées in X. DELGRANGE, «La démocratie voilée», note sous C.E., arrêt n° 175.886 du 18 octobre 2007, *R.R.D.*, 2007, pp. 363-384; S. VAN DROOGHENBROECK, «Observations sous C.E., arrêt n° 191.533 du 17 mars 2009, *Mraz*», *J.T.*, 2009, pp. 252-254.

(135) C'est ce qui résulte de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 175.886 précité (voy. X. DELGRANGE, «La démocratie voilée», *op. cit.*, pp. 372-378). Plus récemment, en Flandre, l'organe autonome GO! a, le 11 septembre 2009, pris la décision explosive d'interdire les signes religieux au sein des établissements dépendant de la Communauté flamande. Cette décision a fait l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Par son arrêt n° 202.039 (C.E., arrêt n° 202.039, du 18 mars 2010), le Conseil d'Etat a suspendu cette décision afin de permettre à la Cour constitutionnelle de répondre à la question préjudicielle qu'il lui adresse : le décret spécial, interprété dans le sens qu'il habilite le Conseil de l'enseignement communautaire à prononcer une interdiction générale et de principe de porter des signes religieux ou philosophiques ostensibles, viole-t-il l'article 24 de la Constitution? Voy., à cet égard, X. DELGRANGE, «Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité», in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit belge face à la diversité culturelle. Quel modèle de gestion de la pluralité?* (à paraître).

«La liberté étant la règle et la limitation de liberté l'exception, le Conseil d'Etat, lorsqu'il est appelé à vérifier dans un cas concret si un règlement communal de police est bien compatible avec une liberté individuelle – en l'espèce, la liberté de réunion et la liberté du commerce et de l'industrie – doit tout d'abord vérifier s'il lui est soumis des éléments concrets établissant que l'ordre public est effectivement troublé ou menacé de l'être, apprécier la gravité de ce trouble et déterminer la situation dans laquelle il intervient; qu'il doit ensuite examiner si les éléments qui lui sont soumis justifient la conclusion (1) que la mesure peut s'inscrire dans la catégorie des mesures utiles pour lutter contre le trouble redouté, (2) que, considérant les différentes possibilités dont dispose la commune pour maintenir l'ordre public, elle est nécessaire ou indispensable – c'est-à-dire la moins radicale – et (3) que, dans le souci de ne pas restreindre la liberté plus qu'il ne le faut, elle n'impose pas inutilement aux personnes qui doivent en subir l'inconvénient une limitation qui n'est pas en rapport avec la gravité du trouble de l'ordre que l'administration souhaite voir combattu» (136).

f) *La reconnaissance des diplômes*

25. Dès son arrêt *Affaire linguistique belge*, la Cour européenne des droits de l'homme avait insisté sur le fait que, «pour que le 'droit à l'instruction' produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies» (137).

La Communauté française estime qu'afin de renforcer l'équité et de garantir à chaque élève un même niveau d'exigence, la certification doit être délivrée au terme d'une évaluation commune externe à l'établissement fréquenté par les élèves. Ce système, déjà opérationnel au sortir du primaire, se met progressivement en place dans le secondaire. Ces évaluations certificatives n'ont toutefois été querellées que lorsqu'elles ont été étendues aux élèves fréquentant l'enseignement privé (138). Tout en validant cette

(136) C.E., arrêt *sprl Ramses contre ville de Vilvorde*, n° 83.940, du 7 décembre 1999 (arrêt de suspension confirmé par l'arrêt d'annulation n° 96.586, du 19 juin 2001), où le Conseil d'Etat était saisi d'une requête introduite par le tenancier d'un luna-park contre un règlement de la Commune de Vilvorde qui interdisait l'accès à ce genre d'établissement aux mineurs non accompagnés et qui imposait une heure de fermeture. Voy., dans le même sens, C.E., arrêt *M. c. Commune de Saint-Josse-ten-Noode*, n° 191.742, du 23 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009/20, pp. 938-947, et les obs. de G. NINANE, «Une police administrative des spectacles ligotées par le droit fondamental à la liberté d'expression».

(137) Cour. eur. D.H., arrêt *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, §4.

(138) Décret du 2 juin 2006 relatif à l'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement obligatoire et au certificat d'études de base au terme de l'enseignement primaire; décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française; décret du 30 avril 2009 visant au renforcement du dispositif d'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement

dernière mesure, la Cour constitutionnelle a toutefois exigé que les élèves étudiant à domicile ne soient en rien discriminés par l'organisation de ces épreuves, notamment parce qu'ils devraient les réussir à un âge plus avancé que ceux qui fréquentent des établissements organisés ou subventionnés par la Communauté (139).

Le Conseil d'Etat a néanmoins dû rappeler que «ni le droit au travail ni le droit à l'instruction n'emportent l'obligation, dans le chef de ceux qui sont chargés de dispenser un enseignement, de délivrer un diplôme au candidat-réceptiendaire dont il est avéré qu'il n'a pas fait la preuve de ses aptitudes» (140).

g) *Le contentieux scolaire*

26. Pendant longtemps, la protection juridictionnelle des élèves, que ce soit en matière de refus d'inscription, de résultats scolaires ou de sanctions disciplinaires, est demeurée assez théorique, les juridictions rechignant à pénétrer dans le fonctionnement des établissements scolaires, à tel point que Paul Martens devait constater que l'école était, à l'instar de la prison, un lieu de non-droit (141).

L'un des obstacles résidait dans la difficulté de déterminer le juge compétent. En principe, le Conseil d'Etat est compétent à l'égard des actes administratifs que constituent les décisions des établissements officiels tandis que le juge judiciaire doit connaître des décisions prises par les établissements libres dans le cadre de la relation contractuelle qu'ils nouent avec les élèves et leurs parents. Cette démarcation simple est toutefois brouillée par le fait que, d'une part, le juge des référés peut interférer dans l'action de l'administration et que, d'autre part, certaines décisions des établissements libres en matière de sanction des études étaient qualifiées d'actes administratifs relevant donc du Conseil d'Etat (142).

Quoi qu'il en soit, une double évolution a permis que tous les élèves bénéficient d'une protection juridictionnelle équivalente, quelle que soit la nature juridique de l'établissement qu'ils fréquentent.

D'une part, en Communauté française, les décisions des conseils de classe prise en matière de sanction des études peuvent, depuis le décret «missions»

obligatoire. A propos de la restriction à la liberté d'enseignement provoquée par ces mesures, voy. *infra*, n° 55.

(139) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.33.

(140) C.E., arrêt *El Hajjioui*, n° 107.520, du 7 juin 2002. Et d'ajouter même : «si le droit à l'enseignement implique en principe celui de présenter les examens, il ne comprend pas pour autant celui de les réussir lorsque l'opération de contrôle des acquis se révèle négative, ou encore lorsque – comme en l'espèce – l'étudiant ne se présente pas à l'examen».

(141) P. MARTENS, «Les droits de l'homme : à l'école aussi?», *A.P.T.*, 1989, p. 225.

(142) Voy. J. SAMBON, «Le droit à l'enseignement», *Droit communal*, 1996, pp. 220-265, spéc. pp. 256-263, et réf. citées par cet auteur.

de 1997, être entreprises devant un conseil de recours, autorité administrative elle-même soumise au contrôle du Conseil d'Etat (143). S'agissant de la Communauté flamande, après bien des attermoissements, le Conseil d'Etat a fini par se déclarer compétent à l'égard de toutes les décisions relatives à la sanction des études (144).

D'autre part, s'agissant des décisions relatives à l'inscription ou à la discipline, les voies juridictionnelles demeurent distinctes (145) mais les jurisprudences judiciaires et administratives ont convergé, notamment en ce qui concerne l'exigence de motivation formelle (146). Comme le relevait déjà la Cour d'appel de Mons en 1994, «quelle que soit la définition de la relation juridique qui existe entre l'établissement d'une part et les élèves ou les parents d'autre part, le pouvoir disciplinaire dans l'école s'exerce et se contrôle de la même manière dans les deux réseaux» (147).

2. – *Le libre choix*

27. Le droit à l'enseignement comprend un droit à l'inscription devant lequel s'écrase le pouvoir de sélection autrefois reconnu à certaines écoles. Le libre choix prolonge ce droit en permettant à celui-ci de porter sur l'école d'élection des parents (a). Dans son acception traditionnelle, héritée de la loi du Pacte scolaire, l'expression «libre choix» renvoie au choix à une distance raisonnable du genre d'éducation, confessionnel ou non, que recevront les enfants (148). Le Constituant de 1988 a marqué sa volonté d'ouvrir cette liberté à la possibilité d'opter pour des conceptions pédagogiques alternatives (149). La Cour constitutionnelle a immédiatement intégré ce souci dans sa jurisprudence (150) même si elle ne semble pas en tirer toutes les conclusions qui s'imposeraient au moment d'apprécier les législations œuvrant à l'uniformisation de l'organisation de l'enseignement (b). La question du libre choix s'est également posée à l'égard de la langue de l'enseignement (c).

(143) Voy. les réf. citées in X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 5-82, sp. p. 38.

(144) Cass., 6 septembre 2002, *Meulenijzer*; C.E., arrêt *Meulenijzer*, n° 125.239, du 7 novembre 2003. Voy. les réf. citées in X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*, pp. 34-38; B. VERBEECK, *op. cit.*, pp. 43-50; R. VERSTEGEN, «Het leerlingenstatuut in de Vlaamse Gemeenschap», *op. cit.*, pp. 172-175.

(145) Voy. X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*, pp. 41-42.

(146) Voy. L. DEMEZ et J. SAMBON, «La motivation en matière d'enseignement», in P. JADOUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 139-218; *adde* R. HENSENNE, «Aspects du contentieux scolaire», *R.F.D.U.L.*, 2009, pp. 69-83.

(147) Mons, 26 août 1994, *J.D.J.*, 1995, p. 185, cité par L. DEMEZ et J. SAMBON, *op. cit.*, p. 177.

(148) Voy. *supra*, n° 7.

(149) Voy. *supra*, n° 9. *Adde* J. SAMBON, «Le droit à l'enseignement», *op. cit.*, p. 235.

(150) Voy. *supra*, n° 10.

a) *L'inscription dans l'école de son choix*

28. A l'instar de la plupart des droits de l'homme, le libre choix n'est pas un droit absolu. On a vu qu'il pouvait être limité en vue de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant (151). En outre, «cette liberté n'implique pas que les parents et les élèves aient un droit inconditionnel d'inscription dans l'école de leur choix» (152). Le candidat peut ainsi, par son comportement disciplinaire, se placer lui-même dans une situation qui limite le libre choix de ses parents (153). Plus fondamentalement, il doit s'agir d'un choix pleinement assumé en ce qu'il emporte l'adhésion au projet pédagogique de l'établissement élu (154).

C'est une circonstance plus terre à terre, celle d'établissements devant refuser des élèves pour insuffisance de locaux disponibles, qui hypothèque le plus souvent l'exercice du libre choix des parents. La lutte contre l'usage abusif de ce motif a conduit le législateur francophone à adopté une procédure encadrant les inscriptions dans l'enseignement secondaire. Sans revenir sur la saga des inscriptions (155), nous relèverons que la Cour constitutionnelle a admis la validité des différentes tentatives de régulation de cette épineuse question : «Il est vrai que le décret tend, dans une perspective de mixité sociale, à réguler les inscriptions lorsque, en raison de l'usage par chacun de sa liberté de choix, des établissements scolaires doivent, pour des raisons d'insuffisance de places disponibles, limiter le nombre d'enfants qu'ils accueillent. Il s'agit de conditions objectives et légitimes qui justifient que soit ainsi limitée la liberté de choix des parents, sachant qu'une place est proposée dans l'ordre de la liste d'attente, dès qu'elle est disponible au sein de l'établissement ou des établissements dans lesquels une demande d'inscription a été introduite» (156). A son estime, la mise en place d'un tirage au sort n'était pas inconstitutionnelle puisque celui-ci permettait à chaque enfant non prioritaire de bénéficier «de chances égales d'obtenir une place dans l'enseignement concerné» (157). Le dernier système adopté par la Communauté ne se fonde plus sur un critère aléatoire mais sur un indice composite calculé à partir d'une pluralité de critères pondérés. Le Conseil d'Etat n'a pas estimé cette procédure contraire à la jurisprudence constitutionnelle :

(151) Voy. *supra*, n° 10.

(152) Not. C.C., arrêt n° 110/98, du 4 novembre 1998, B.3.2.

(153) Voy. *supra*, n° 10. *Adde* C.C., arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.9.1.

(154) Not. C.C., arrêt n° 131/2003, du 8 octobre 2003, B.5.6., et arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.20.2.

(155) X. DELGRANGE ET M. EL BERHOUMI, «Inscrire son enfant dans une école francophone...», *op. cit.*, pp. 459 à 476.

(156) C.C., arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.9.1.

(157) B.14.3.

«le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsque, comme en l'espèce, il organise un système d'accès à des services qui doit tenir compte de la diversité des situations et que ces dernières mettent en jeu les intérêts parfois antagonistes des usagers concernés, auxquels il faut ajouter des contraintes objectives, comme en l'espèce la capacité d'accueil des établissements d'enseignement, de sorte que la réalisation d'une égalité mathématique entre les usagers est concrètement impossible» (158).

En aval de la question des inscriptions en première année, la Cour insiste sur le fait que «la liberté de choix des parents implique non seulement qu'ils sont libres de choisir un établissement d'enseignement mais également qu'ils peuvent modifier ce choix» (159). Elle précise que, «lorsqu'un parent fait valoir qu'il ne peut plus se retrouver dans le projet pédagogique d'un établissement pour des raisons de convictions philosophiques ou religieuses, les articles 19 et 20 de la Constitution, combinés avec l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, exigent qu'il puisse, en principe, adapter son choix d'école». Il en résulte que la Communauté ne peut restreindre arbitrairement les possibilités de changement d'école. L'intégrité des dispositions du décret «missions» modifiées par le décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire ne devra son salut sur cet élément qu'à une interprétation conforme de la Cour, qui ajoutera à la liste exhaustive des motifs permettant un changement d'école, celui de la nécessité de respecter les convictions idéologiques et religieuses des parents (160). La Communauté poursuit néanmoins un but légitime lorsqu'elle prend des mesures tendant à combattre le «consumérisme scolaire» (161).

b) *Le libre choix limité aux convictions philosophiques et religieuses?*

29. En principe, la Cour constitutionnelle considère que le libre choix des parents ne porte pas seulement sur le genre confessionnel ou non de l'école considérée mais s'étend également aux options pédagogiques : «La liberté de choix des parents implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants un enseignement qui correspond le plus à leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (Const., art. 24, §1^{er}, al. 3) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement

(158) Avis n° 47.677/AG du 2 février 2010, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2009-2010, n° 82-1, p. 52.

(159) Not. C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.6.

(160) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, n° 59. *Adde, infra*, n° 29.

(161) C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.8.1.

dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée» (162). La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat s'est faite plus explicite dans la volonté de faire du clivage passé table rase :

«la liberté de choix garantie par l'article 24 de la Constitution n'est pas limitée aux écoles qui peuvent être rangées dans la traditionnelle organisation bipolaire du système scolaire mais vaut entre autres pour des conceptions pédagogiques ou, des formes d'enseignement, des orientations d'études, des programmes d'études, la qualité de l'enseignement offert ou son adaptabilité aux besoins de l'enfant» (163).

C'est également au nom du libre choix que les parents peuvent préférer instruire leurs enfants à domicile ou dans des écoles ne relevant pas de la Communauté, pour autant toutefois que l'intérêt supérieur de l'enfant soit préservé, ce qui suppose notamment qu'il soit satisfait à l'obligation scolaire (164). Dès lors, lorsque la Communauté s'assure légitimement, dans le cadre de l'obligation scolaire, du caractère équivalent du niveau d'études de l'enseignement suivi à domicile, cette appréciation doit-elle «prendre en considération les méthodes pédagogiques ainsi que les conceptions idéologiques, philosophiques ou religieuses des parents ou des enseignants, pour autant que ces méthodes ou conceptions ne méconnaissent pas le droit de l'enfant à recevoir un enseignement dans le respect des libertés et des droits fondamentaux et ne portent atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au niveau des études à atteindre» (165).

30. Il apparaît toutefois que ce dépassement du clivage traditionnel par l'ouverture de la liberté de choix à d'autres options pédagogiques demeure largement platonique. En effet, lorsqu'il s'agit d'apprécier concrètement la validité de la législation au regard du principe de libre choix, la Cour constitutionnelle se satisfait d'une norme qui limite la liberté des parents au choix entre l'enseignement neutre ou confessionnel. D'ailleurs, dans l'antienne qui vient d'être rappelée, si la Cour évoque une conception pédagogique déterminée lorsqu'elle envisage le subventionnement d'établissements d'enseignement, elle concentre déjà, dans la première phrase, la liberté de choix des parents sur les questions liées aux conceptions philosophiques.

Comme on le verra plus loin, la Cour admet ainsi que l'uniformisation de l'offre d'enseignement, imposée par les décrets qui instaurent notamment les socles de compétences, les compétences terminales ou l'évaluation externe, ne fasse que très peu de cas des écoles développant des pédagogies

(162) Not. C.C., arrêt n° 110/98, du 4 novembre 1998, B.3.2.; arrêt n° 131/2003, du 8 octobre 2003, B.5.1.; arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.5.3. et arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.8.3.

(163) C.E., arrêt *Cremers*, n° 86.984, du 2 mai 2000.

(164) C.C., arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.5.2., B.7.2. Voy. *supra*, n° 10.

(165) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.23.4. et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.10.4.

alternatives, contraintes de passer par les fourches caudines d'une procédure de dérogation limitant considérablement la liberté organisationnelle et, partant, le libre choix (166).

L'appréciation des législations successives relatives à l'inscription des élèves révèle le même repli de la part de la Cour constitutionnelle. Si celle-ci rappelle à chaque fois le principe que le libre choix peut également porter sur une école développant une pédagogie spécifique (167), elle n'en déduit aucune conséquence contraignante pour le législateur. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'apprécier les motivations qui poussent un parent à vouloir changer son enfant d'école, la Cour ne se préoccupe que des convictions philosophiques et religieuses, oubliant les options pédagogiques. Constatant que le décret énumère certains motifs justifiant un changement d'école en cours d'année, elle déduit de ce que cette liste est précédée de l'adverbe notamment que «d'autres raisons doivent pouvoir être admises, telles que celles qui tiennent au respect des convictions religieuses ou philosophiques» (168). L'on pourrait certes à notre tour solliciter la locution conjonctive «telles que» pour réintégrer les options pédagogiques. La Cour précise toutefois que, «lorsqu'un parent fait valoir qu'il ne peut plus se retrouver dans le projet pédagogique d'un établissement pour des raisons de convictions philosophiques ou religieuses, les articles 19 et 20 de la Constitution, combinés avec l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, exigent qu'il puisse, en principe, adapter son choix d'école» (169).

Dans son avis sur le dernier décret relatif aux inscriptions (170), le Conseil d'Etat n'a pas davantage critiqué le fait que l'avant-projet ne prévoit aucun mécanisme permettant aux établissements à pédagogie alternative de déroger au dispositif du décret. La nouvelle procédure mise en place ne tient pas compte des options pédagogiques dans les priorités ou le calcul de l'indice composite (171). Si le législateur a laissé de côté le pluralisme pédagogique, il a néanmoins fait grand cas du réseau d'appartenance des

(166) Voy. *infra*, n° 52.

(167) C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.5.3. et arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.8.3.

(168) C.C., arrêt n° 119/2008, précité, B.8.2.1.

(169) C.C., arrêt n° 119/2008, précité, B.11.

(170) Avis n° 47.677/AG, du 2 février 2010, *Doc.*, P.C.F., sess. 2009-2010, n° 82-1.

(171) Le partenariat pédagogique défini à l'art. 79/17, §1^{er}, al. 2, 4°, du décret «missions» ne peut être considéré comme une manière d'intégrer le respect des options pédagogiques des établissements dans le dispositif. En effet, les actions prioritaires communes des partenariats doivent viser «à favoriser la transition entre le primaire et le secondaire, l'intégration au sein du 1^{er} degré et la lutte contre le décrochage». Les objectifs poursuivis par cette mesure semblent donc davantage relever d'une volonté d'accompagner l'inscription d'un accueil de meilleure qualité plutôt que d'un souci de ménager un espace pour les méthodes ou les conceptions pédagogiques particulières.

établissements notamment dans le calcul des trois critères fondés sur des distances (172). Il nous est permis d'apprécier la validité de ces règles à la lumière des travaux préparatoires de la révision de l'article 24 de la Constitution et en particulier de l'intervention du Secrétaire d'Etat à l'éducation (N) que nous avons rappelée plus haut (173). La Cour et le Conseil d'Etat semblent renoncer à assurer l'effectivité de la volonté d'ouverture affichée par le Constituant lors de la révision de 1988.

31. Ce repli du libre choix sur la liberté de choisir un enseignement correspondant aux convictions philosophiques et religieuses des parents rapproche le droit constitutionnel belge du droit international des droits de l'homme, qui ne se préoccupe que de cet aspect (174). Ainsi, l'article 2 du Premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme assigne-t-il à l'Etat l'obligation de respecter «les droits des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques». Les deux Pactes onusiens du 16 décembre 1996 contiennent une même disposition, selon laquelle «les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents (...) de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions» (175). Aucun de ces textes ne garantit une liberté de choix portant sur autre chose que les convictions philosophiques et religieuses. La plus récente Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 semble vouloir sortir de cette conception étriquée puisqu'elle garantit «le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques».

c) *La langue de l'enseignement*

32. Depuis la loi du 14 juillet 1932 sur l'emploi des langues dans l'enseignement primaire et moyen, renforcée par la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement (176), le principe est que l'enseignement est exclusivement dispensé dans la langue de la région linguistique considérée (177).

(172) Art. 79/17, § 1^{er}, al. 2, 1^o à 3^o, du décret «missions».

(173) Voy. *supra*, n^o 9.

(174) Voy. X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement...», *op. cit.*, pp. 119-160; du même auteur, «Le cours de morale entre neutralité et prosélytisme», à paraître dans les actes de la table ronde du 25 avril 2009 sur : Neutralité de l'enseignement de la Communauté française mais engagement du professeur de morale?, *Entre-Vues*, www.entre-vues.net, 43 pages.

(175) Art. 18.4. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; art. 13.3. du PIDESC.

(176) Voy. *supra*, n^o 6.

(177) Voy. not. Y. HOUYET, «La législation linguistique régissant la matière de l'enseignement dans le contexte constitutionnel fédéral de l'Etat belge», *R.B.D.C.*, 2002, pp. 379-423.

Dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, l'enseignement peut être dispensé en français ou en néerlandais, au choix des pouvoirs organisateurs des établissements libres, les pouvoirs organisateurs officiels devant veiller à organiser leur enseignement de manière à respecter la liberté des chefs de familles de choisir la langue d'enseignement de leurs enfants. Il résultait des lois de 1932 et 1963 que cette liberté des chefs de famille était subordonnée à l'autorisation de l'inspection qui vérifiait que le choix des parents correspondait à la langue maternelle de l'enfant (178). La loi du 26 juillet 1971 sur les agglomérations et fédérations de communes a restauré cette liberté mais ne l'a toutefois pas étendue aux chefs de familles résidant en dehors de la Région bruxelloise, mais qui y scolarisaient leurs enfants (179).

Dans les régions unilingues, tous les établissements, qu'ils soient organisés, subventionnés ou seulement reconnus, sont tenus d'adopter la langue de la région comme langue d'enseignement (180). Même dans les écoles internationales, les élèves belges ne peuvent choisir une autre langue que celle de leur région linguistique (181).

Parmi les communes à facilités, dans les six communes périphériques et celles de la frontière linguistique, l'enseignement gardien et primaire peut être donné dans la langue de la minorité (182). Lors de la révision constitutionnelle de 1970, il fut précisé que «sont maintenues les mesures d'exécution pratiques en matière d'enseignement prises d'un commun accord entre les Ministres de l'éducation nationale jusqu'au 31 décembre 1970 au profit des habitants» de ces communes (183). Dans son arrêt 95/2010 du 29 juillet 2010, la Cour constitutionnelle a confirmé la validité de cette disposition, précisant qu'il s'agit d'un «élément indissociable» de la communautarisation de l'enseignement (184). Ces mesures sont par ailleurs au nombre des garanties existant au profit des francophones de ces communes, dont l'article 16*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles

(178) Y. HOUYET, *op. cit.*, pp. 398-399.

(179) C'est ainsi qu'un père d'origine grecque, qui avait scolarisé sa fille en néerlandais alors qu'il travaillait dans les charbonnages limbourgeois, fut contraint de mettre sa fille dans une école néerlandophone lorsqu'il déménagea à Anderlecht. Il aurait pourtant préféré la faire renouer avec une langue latine mais fut victime de cette législation visant à contenir la tache d'huile (C.E., arrêt *Kowas*, n° 13.680, du 7 août 1969).

(180) Loi du 30 juillet 1963, art. 4.

(181) Loi du 30 juillet 1963, art. 20. Voy. L. VANCRAYEBECK et X. DELGRANGE, *op. cit.*, pp. 437-439.

(182) Loi du 30 juillet 1963, art. 3 et 6; loi du 2 août 1963 sur l'emploi des langues en matière administrative, art. 7. Voy. déjà C.C., arrêt n° 30/2000, du 21 mars 2000.

(183) Loi spéciale 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, art. 5.

(184) B.29.3. Voy., à cet égard, X. DELGRANGE et H. DUMONT, «Les compromis constitutionnels et la loyauté dans le fédéralisme coopératif belge. Les principes en jeu dans les conflits d'intérêts relatifs aux écoles francophones des communes périphériques», in *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 407-430.

impose la sauvegarde (185). Il en résulte que, si la Communauté flamande entend modifier ces mesures d'exécution pratiques, «le consentement du Parlement de la Communauté française est requis» (186). Néanmoins, la compétence de principe de la Communauté flamande à l'égard des écoles francophones situées sur le territoire de la région de langue néerlandaise est confirmée. Le consentement du Parlement de la Communauté française n'est donc requis que pour ces mesures d'exécution pratique, cette assemblée n'ayant aucune autre compétence à l'égard de ces écoles. La Cour a adopté une interprétation restrictive de ces mesures, considérant qu'en matière d'organisation de l'enseignement, elles ne portent que sur «la tutelle pédagogique, à l'exclusion des autres contrôles auxquels sont soumises les écoles concernées. Pour tout ce qui concerne leur organisation et leur administration, ces écoles relèvent des dispositions normatives et des contrôles administratifs de la Communauté flamande» (187). Il revient donc à cette communauté «de fixer les objectifs de développement et les objectifs finaux, les prescriptions en matière d'encadrement des élèves et d'approuver les programmes d'études» (188). Cependant, afin de respecter le principe de la loyauté fédérale consacré par l'article 143 de la Constitution, la Cour considère en substance que le Gouvernement flamand doit accorder à ces écoles des dérogations leur permettant d'adopter des programmes compatibles avec le caractère francophone de leur enseignement.

33. La Cour constitutionnelle a jugé légitime le souci du législateur flamand de faire prévaloir, au nom de l'égalité des chances, l'apprentissage de la langue de la région sur la liberté de choix des parents. Un établissement scolaire peut donc, afin de veiller à ce qu'il n'y ait pas dans une classe un nombre disproportionné d'enfants ne parlant pas le néerlandais à la maison, réorienter celui-ci vers un autre établissement, contre la volonté des parents (189).

La Cour constitutionnelle a également été invitée à apprécier, au regard de la liberté d'enseignement, l'obligation faite par le décret, de soumettre les élèves suivant un enseignement à domicile à des épreuves organisées exclusivement en français. La Cour rappelle tout d'abord qu'il n'est pas du pouvoir de la Communauté d'interdire un enseignement à domicile dans une autre langue que le français. Elle précise même que «ce choix, qui relève de la sphère de la vie privée, peut notamment s'expliquer par le fait que des parents, de nationalité étrangère, notamment des ressortissants de l'Union européenne qui séjournent temporairement sur le territoire de la

(185) B.15.1 et B.34.

(186) B.31.2.

(187) B.35.

(188) B.37.1.

(189) C.C., arrêt n° 131/2003, du 8 octobre 2003, B.5.6.

Belgique, peuvent préférer un enseignement dans leur langue maternelle, plutôt que dans la langue de leur lieu de résidence temporaire» (190).

Cette liberté ne vaut toutefois que pour l'enseignement proprement dit mais non pour les épreuves certificatives, pourtant requises pour satisfaire à l'obligation scolaire : «Étant donné toutefois que l'obligation scolaire, qui vise à garantir l'exercice réel du droit à l'enseignement dans l'intérêt de l'enfant, doit pouvoir être contrôlée de manière effective et que l'on ne peut attendre raisonnablement de la Communauté française qu'elle prévoie les épreuves certificatives précitées dans toute langue, ce qui ne lui est du reste imposé par aucune obligation constitutionnelle ou internationale, il n'est pas disproportionné de soumettre aux épreuves certificatives organisées en français les enfants qui relèvent de la compétence de la Communauté française et qui sont instruits à domicile, même s'ils le sont exclusivement ou principalement dans une autre langue» (191). Ce considérant empêche les enfants concernés d'exciper du fallacieux prétexte qu'ils n'ont pas connaissance du français pour ne pas présenter ces épreuves. Même si l'on peut aisément concevoir qu'un enseignement privé dispensé dans une autre langue que le français pourrait handicaper ces élèves lors de la présentation des épreuves. Bien entendu, les enfants qui échoueraient à celles-ci devraient être inscrits dans un établissement organisé ou subventionné par la Communauté, qui dispense un enseignement en français.

L'on savait déjà qu'il faut distinguer la connaissance d'une langue, qui est facultative, de l'emploi des langues, qui est régie par la législation linguistique (192). Désormais, il ne faudra pas davantage confondre la langue de l'enseignement, qui est libre, et la langue de la certification, qui est le français.

34. Ces entraves au libre choix de la langue de l'enseignement n'apparaissent toutefois pas contraires aux engagements internationaux de la Belgique. En effet, il se déduit du fameux arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en matière linguistique que l'article 2 du premier protocole additionnel «n'impose pas aux Etats le respect dans le domaine de l'éducation ou de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents» (193).

(190) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.41.1. et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.23.1.

(191) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.41.2. et arrêt n° 168/2009, précité, B.23.2.

(192) Voy., par ex., les réf. citées dans l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 34.729/1 du 6 février 2003, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 1227/2.

(193) Cour. eur. D.H., arrêt *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, §6. A propos de cette jurisprudence, voy. Y. HOUYET, *op. cit.*, pp. 407-411. Sur l'éventualité d'un renforcement des exigences de la Cour qui pourrait, au nom de la protection des minorités, inclure dans le droit à l'enseignement celui de recevoir celui-ci dans sa langue maternelle, évolution qui se dessinerait dans l'arrêt *Chypre*

3. – *La liberté organisationnelle*

35. La tâche essentielle assignée par le Constituant à la Communauté est gravée à l'article 24, §1^{er}, alinéa 2, de la Constitution : «la Communauté assure le libre choix des parents» (194). Il résulte par ailleurs de l'article 24, §5, qu'il faut distinguer l'organisation, le subventionnement et la reconnaissance de l'enseignement.

Ces trois notions désignent autant de degrés d'intensité dans le rapport qu'entretiennent la communauté et les pouvoirs organisateurs (195). Le premier lien est de nature fusionnelle (196), puisque la communauté est elle-même un pouvoir organisateur. Dans ce cas, il revient évidemment au législateur communautaire d'organiser l'enseignement de la communauté. Le deuxième lien est de nature économique, la communauté subventionnant des établissements d'enseignement qui ne relèvent pas directement d'elle. Le troisième lien est de nature pédagogique, la communauté reconnaissant des pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas d'elle et qu'elle ne subventionne pas. Enfin, il existe des établissements d'enseignement totalement indépendants des communautés, auxquels celles-ci ne peuvent imposer aucune condition de fonctionnement, conformément à l'article 24, §1^{er}, de la Constitution.

36. L'article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, impose à la Communauté d'organiser un enseignement. Il fut longtemps soutenu par les tenants de l'enseignement libre que l'Etat n'avait qu'un rôle supplétif en la matière, celui de créer des écoles là où l'initiative privée était déficiente. Cette conception a peu à peu été abandonnée et remplacée par une double obligation imposée à l'Etat, celle d'organiser un enseignement neutre et celle de subventionner l'enseignement libre, notamment confessionnel (197).

c. *Turquie*, du 10 mai 2001, voy. S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, «Le droit à l'éducation, obligations positives des Etats», in *L'éducation et les droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Institut International des Droits de l'Homme, Stasbourg (à paraître).

(194) Voy. *supra*, not. n° 9.

(195) Voy. X. DELGRANGE et C. NIKIS, «L'exigence de légalité en matière d'enseignement : la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'Etat relative à l'article 24, §5, de la Constitution», *A.P.T.*, 2000, p. 214.

(196) Voy. cependant la possibilité que confère à la communauté l'art. 24, §2, de déléguer cette compétence à un organe autonome, évoquée *infra*, n° 103.

(197) Voy., en ce sens, not., A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, «La jurisprudence de la Cour d'arbitrage et la subsidiarité», in F. DELPÉRÉE (dir.), *Justice constitutionnelle et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 29-39. Voy. encore récemment C.C., arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.8.3. : «La liberté de choix des parents implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants l'enseignement qui est le plus proche de leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, §1^{er}, alinéa 3, de la Constitution) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée».

37. Le lien entre les établissements et la Communauté déduit de la seconde obligation est moins intense. Comme l'a affirmé la Cour constitutionnelle dans un célèbre considérant : « Contrairement à l'enseignement communautaire, qui est chargé d'un service public au sens organique du terme, l'enseignement libre subventionné constitue un service public fonctionnel, en d'autres termes un service qui est organisé par l'initiative privée pour les besoins de tout ou partie de la population, en vue d'assumer une mission d'intérêt général » (198). Cette distinction conduit à reconnaître logiquement un contrôle moins strict à l'égard de l'enseignement libre subventionné. Néanmoins comme l'affirme Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier : « une pareille qualification entraîne nécessairement un certain nombre de sujétions, qui sont d'ailleurs la contrepartie du financement reçu » (199).

38. Il résulte de l'article 24, §5, que la Communauté doit organiser un régime de reconnaissance d'établissements qui, sans prétendre à des subventions par choix ou parce qu'ils ne remplissent pas les conditions de subventionnement, peuvent toutefois répondre à d'autres conditions, qui permettent à la communauté de reconnaître les diplômes délivrés par ces établissements, leur conférant par là une valeur égale à ceux délivrés par les établissements organisés ou subventionnés par la communauté (200).

Le droit international des droits de l'homme, s'il n'impose pas aux États de subventionner ni même d'organiser un enseignement, exige que soit organisé un système de reconnaissance des diplômes. Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « pour que le 'droit à l'instruction' produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies » (201).

La Communauté française n'a jamais mis en place un mécanisme permettant à un élève ayant fréquenté, sur son territoire, un établissement privé non subventionné, de voir le fruit de ses études reconnu. La perspective d'assister un jour à la naissance d'un tel système a été définitivement enterrée par le décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subven-

(198) C.C., arrêt n° 27/92, du 2 avril 1992, 4.B.2.

(199) P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 166.

(200) Voy. J. DE GROOF, *Droit à l'instruction et liberté d'enseignement*, *op. cit.*, p. 34.

(201) Cour. eur. D.H., arrêt *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, du 23 juillet 1968, §4. Plus récemment, voy. Cour eur. D.H. (Grande chambre), arrêt *Folgero et autres c. Norvège*, du 29 juin 2007, §84. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, *op. cit.*; X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, pp. 236-237.

tionné par la Communauté. L'intitulé même du décret annonce la couleur : il n'y a pas d'enseignement reconnu. Certes l'article 3, 3°, mentionne la possibilité d'une reconnaissance par le Gouvernement. Toutefois, celle-ci ne porte pas sur les titres délivrés par les établissements non subventionnés. Cette reconnaissance, réservée aux écoles relevant d'un régime étranger, permet exclusivement aux élèves qui fréquentent ces écoles de satisfaire à l'obligation scolaire. La Communauté française n'attache aucun effet juridique aux enseignements dispensés dans l'enseignement à domicile, entendu au sens large. Peu importe les titres que les écoles privées délivrent, leurs élèves sont obligés de présenter, et de réussir, les épreuves menant à l'obtention du certificat d'études de base et des attestations d'orientation sanctionnant les premier et deuxième degrés de l'enseignement secondaire.

Preuve en est toutefois que le législateur n'avait pas oublié le régime de reconnaissance imposé par l'article 24, §5, le décret considère comme satisfaisant à l'obligation scolaire les mineurs inscrits dans un établissement organisé, subventionné ou reconnu... par une autre Communauté. S'il ignore l'application de cette exigence constitutionnelle en Communauté française, le législateur décretaal admet ainsi que les autres Communautés puissent l'avoir respecté.

Tout en validant ces mesures, la Cour constitutionnelle n'a pas saisi l'occasion pour préciser la portée de la question de la reconnaissance visée à l'article 24, §5, de la Constitution. Elle semble au contraire entretenir une confusion entre la reconnaissance déduite de cette disposition, soit celle qui vise les diplômes, et l'acceptation de la reconnaissance comme permettant à un enseignement de satisfaire à l'obligation scolaire (202).

39. Enfin, il existe des établissements d'enseignement totalement indépendants des communautés. A leur égard, il était jusqu'il y a peu admis que « le principe de liberté reprend toute son ampleur, même s'il ne faut bien entendu pas perdre de vue que, selon l'article 24, §1^{er}, alinéa 1^{er}, lui-même, de la Constitution, les délits commis à l'occasion des activités donnent lieu à répression pénale, réglée par la loi ou par le décret. En outre, il est admis – ajouterions-nous il est requis – que l'Etat doit en tout hypothèse veiller à ce que l'enseignement ne soit pas dispensé au mépris des valeurs, des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, en violation notamment de l'article 17 de la Convention et de l'article 29, §2, de la Convention relative aux droits de

(202) Si la Cour mentionne à plusieurs reprises les établissements reconnus au sens de l'article 3 du décret, lorsqu'elle aborde la question des sanctions en cas d'échec aux épreuves certificatives, elle évoque les établissements organisés, subventionnés ou reconnus par la Communauté française (C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.28.1, B.33.2, et B.39.). La confusion est d'autant plus perceptible lorsque la Cour examine la violation alléguée de l'art. 129 de la Constitution. Cette dernière disposition vise en effet les établissements organisés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics.

l'enfant» (203). On peut ajouter à ces dispositions l'article 13 du PIDESC qui, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, impose l'obligation à l'Etat de veiller à ce que les programmes d'enseignement des établissements publics et privés relevant de sa juridiction tendent vers les objectifs de l'éducation définis en son §1^{er} (204). A côté du régime répressif, il y a donc manifestement un espace pour exercer un contrôle préventif sur les établissements privés. La Communauté française a opté pour cette lecture en imposant une série d'obligations à l'enseignement dit à domicile. Alors que le Conseil d'Etat s'était par le passé ému d'une immixtion dans la liberté d'enseignement des établissements privés (205), la Cour constitutionnelle a largement admis un contrôle poussé de ceux-ci (206). Celui-ci peut trouver un fondement constitutionnel dans l'article 24, §3, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui garantit à chacun «le droit à l'enseignement dans le respect des libertés et des droits fondamentaux».

a) *Le droit d'ouvrir une école et de recevoir des subventions*

40. La liberté d'ouvrir une école subventionnée est, depuis la loi du 11 juillet 1973, subordonnée au respect de plans de rationalisation et de programmation (207). Loin de remettre en cause la validité de tels mécanismes, la Cour constitutionnelle en a largement admis le principe. Ainsi, dans un effort de conceptualisation, elle a établi : «La comparaison des divers plans de rationalisation et de programmation élaborés amène à conclure qu'un plan de rationalisation et de programmation au sens de la loi du 29 mai 1959 doit être considéré comme un ensemble de règles et de dispositions visant à obtenir un enseignement de qualité dont la communauté puisse supporter la charge budgétaire. Par ces règles et dispositions, le maintien ou la continuation du subventionnement de centres, établissements d'enseignement ou sections existants, d'une part, et la création ou l'accès au subventionnement de nouveaux centres, établissements d'enseignement ou sections, d'autre part, sont soumis à des normes plus sévères.

(203) P. VANDERNOOT ET J. SOHIER, *op. cit.*, p. 140.

(204) X. DELGRANGE ET L. DETROUX, *op. cit.*, p. 241.

(205) Ainsi, relativement à une proposition de décret qui entendait, en matière d'accueil extra-scolaire des enfants, s'imposer «à tout établissement d'enseignement fondamental», c'est-à-dire également aux établissements d'enseignement privés qui ne sont pas subventionnés par la Communauté française, la section de législation du Conseil d'Etat observa qu'«en général, des normes similaires ne s'imposent qu'aux établissements organisés ou subventionnés par la Communauté française. Si les auteurs de la proposition entendent effectivement imposer le respect du décret proposé à 'tout établissement', il convient, à tout le moins, de justifier cette restriction à la liberté d'organiser un enseignement, consacrée par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution» (avis n° 28.401/2, du 2 décembre 1998 sur une proposition de décret «relative à l'accueil de l'enfant dans l'enseignement fondamental», *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1995-1996, n° 84/2).

(206) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009 et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009.

(207) Pour une analyse de cette question, voy. R. VERSTEGEN, «Kleine onderwijsverstrekkers onder de beschermende hand van de rechter», *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 345-367.

Ainsi, un plan de rationalisation et de programmation fixe les limites dans lesquelles peuvent s'exercer notamment le droit d'organiser un enseignement et, par conséquent, le libre choix des parents» (208). Si l'on pense le plus souvent aux motifs budgétaires pour apprécier le fondement de ces plans, la Cour constitutionnelle a indiqué que les minima d'élèves ont été fixés notamment pour des raisons pédagogiques (209).

Même dans les affaires qui ne concernent pas la rationalisation de l'enseignement, celle-ci est constamment rappelé. Ainsi, le respect de normes de population scolaire est systématiquement repris dans le considérant canonique relatif à la liberté d'enseignement.

41. A côté de cette attitude tolérante, la Cour semble ménager un droit à la dérogation aux normes générales de rationalisation et de programmation. Ce droit vise à garantir la liberté «de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif» (210) :

«En prévoyant que les centres d'enseignement à constituer en vue de l'application du plan de rationalisation et de programmation doivent être en règle générale constitués d'établissements de même caractère au sens de la loi, le législateur a cherché à sauvegarder, à travers la nécessaire rationalisation de l'offre d'enseignement, la liberté de choix des parents garantie par la Constitution» (211). «Le critère de distinction mis en oeuvre par le législateur à l'article 3, §2, de la loi du 29 mai 1959 est objectif et non dénué de rapport avec l'équilibre entre les dispensateurs traditionnels d'enseignement tels qu'ils se présentaient au moment de l'élaboration de la loi. Il conduit néanmoins à ce que les écoles qui ne font pas partie d'un centre d'enseignement voient la continuité de l'enseignement qu'elles dispensent à ce point entravée ou menacée qu'elles sont défavorisées de manière excessive par rapport aux établissements qui font partie d'un tel centre. En effet, elles sont obligées, pour assurer le maintien de leur droit aux subventions, de recourir à une procédure que le législateur présente comme étant exceptionnelle, et pour laquelle il n'indique lui-même aucune garantie en ce qui concerne les droits en matière d'enseignement inscrits à l'article 24 de la Constitution» (212).

42. Si la liberté d'enseignement permet donc de déroger aux normes générales de rationalisation et de programmation, elle n'oblige pas le législateur décrétoal à prendre en compte, dans l'ensemble de la législation, la situation spécifique des établissements à pédagogie alternative ou à caractère propre. La Cour constitutionnelle a ainsi jugé que «l'obligation de subventionnement incombant à la Communauté ne peut raisonnablement être considérée comme étant illimitée et n'a pas une portée telle que la Commu-

(208) C.C., arrêt n° 45/94, du 1^{er} juin 1994, B.8.

(209) C.C., arrêt n° 58/96, du 24 octobre 1996, B.4.3.

(210) C.C., arrêt n° 14/2000, du 2 février 2000, B.3.1.

(211) C.C., arrêt n° 36/97, du 19 juin 1997, B.5.1.

(212) C.C., arrêt n° 36/97, du 19 juin 1997, B.6 et arrêt n° 14/2000, du 2 février 2000, B.3.4.

nauté devrait supporter les frais supplémentaires résultant du choix d'une méthode pédagogique qui, par comparaison avec les méthodes habituelles, entraîne un surcroît de dépenses» (213). Il faut déduire de cet arrêt que la liberté pédagogique ne vaut que pour les méthodes dont le coût est inférieur ou égal aux méthodes «traditionnelles».

La Cour a également validé l'exclusion du régime d'écoles de libre choix des établissements qui ont opté pour une approche pluraliste :

«Le législateur décretaal a choisi, en adoptant la réglementation critiquée, de se rallier aux choix opérés par l'autorité fédérale, notamment en exécution de l'article 181 de la Constitution. Cette attitude ne saurait, compte tenu notamment de l'article 24, §1^{er}, alinéa 4, de la Constitution, être considérée comme manifestement déraisonnable. Dès lors que la liberté active d'enseignement est assurée de manière suffisante par les normes ordinaires de programmation et de rationalisation, la liberté d'enseignement, garantie par la Constitution, est respectée» (214).

43. Consacrant et synthétisant une solution développée dès les origines du droit belge de l'enseignement (215), la Cour constitutionnelle répète à l'envi :

«L'article 24, §1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la Constitution garantit la liberté d'enseignement. Cette liberté constitutionnelle suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté» (216).

La section de législation de législation du Conseil d'Etat a récemment dû rappeler le principe du droit au subventionnement dont doivent jouir les établissements qui ne relèvent pas directement de la Communauté, à l'occasion de l'examen d'un avant-projet de décret qui prévoyait la création d'un Centre de rescolarisation et de resocialisation de la Communauté française. La section de législation constatait qu'en ne prévoyant pas le subventionnement de tels centres organisés par des établissements libres ou officiels, l'avant-projet méconnaissait tant la liberté organisationnelle que le libre choix des parents. Le législateur justifia la création d'un seul centre communautaire par le fait que seule la Communauté est tenue d'accueillir tous les élèves et notamment ceux qui ont été exclus d'autres établissements pour fait de violence. La section de législation ne fut pas convaincue : rap-

(213) C.C., arrêt n° 28/92, du 2 avril 1992, 6.B.6.

(214) C.C., arrêt n° 85/98, du 15 juillet 1998, B.5.7.2.

(215) J.J. MASQUELIN, *Le droit aux subsides de l'enseignement libre*, Bruxelles, éd. Interuniversitaires, 1975, pp. 33 et s. et 110 et s.

(216) Voy., par ex. C.C., arrêt n° 110/2007, du 26 juillet 2007, B.7.1.

pelant le rapprochement des législations qui fait désormais peser une même obligation d'inscription à tous les établissements, quelle que soit leur nature juridique, «il n'en reste pas moins, effectivement, que les établissements d'enseignement n'ont pas une obligation absolue d'accueillir tous les candidats élèves qui en font la demande et qu'en dernière instance, au cas où l'un de ceux-ci, soumis à l'obligation scolaire et titulaire du droit à l'enseignement, ne trouve pas d'école disposée à l'accueillir, la Communauté est constitutionnellement tenue de l'inscrire dans un de ses établissements». Cependant, cette «différence objective entre la Communauté et les autres pouvoirs organisateurs ne justifie toutefois pas que le législateur réserve à la première l'organisation de centres de rescolarisation et de resocialisation et le surfinancement qui y est attaché. L'on n'aperçoit en effet pas de justification à cette restriction à la liberté d'enseignement, tant dans sa dimension active que passive. (...). Le fait que le mineur soit en crise ne suffit évidemment pas à justifier que ses parents soient privés de leur libre choix» (217). Le législateur maintint néanmoins son choix «il convient de préciser qu'il n'est nullement porté atteinte à la liberté de choix des élèves (ou de leurs parents), puisque l'inscription dans un centre-relais est toujours volontaire, qu'il s'agisse d'élèves exclus ou d'élèves en situation de crise» (218). Le problème est justement que pareil centre était destiné à accueillir des élèves qui trouvaient porte close dans les écoles de leur choix.

44. Dans l'enseignement obligatoire, le législateur décréta a fait le choix de laisser subsister une inégalité de financement. Ainsi, suite au décret de la Saint-Boniface, les subventions de fonctionnement de l'enseignement subventionné doivent atteindre 75 % de la dotation allouée à l'enseignement de la Communauté. Dès 1992, la Cour constitutionnelle a admis la validité d'un financement inégal entre les réseaux. Elle invoquait alors trois différences objectives : la Communauté a le devoir d'assurer, en permanence et sur l'ensemble du territoire, une offre suffisamment large; l'enseignement communautaire ne dispose pas d'un pouvoir de sélection des candidats-élèves; et seuls les établissements organisés par les pouvoirs publics sont tenus d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle (219). Les deux premières différences appartiennent au passé. D'une part, l'expansion du réseau de la Communauté a été sacrifiée sur l'autel des plans de rationalisation et de programmation. D'autre part, le droit à l'inscription, et la procédure mise en place pour assurer une certaine égalité dans l'exercice de ce droit, a été proclamé

(217) Avis n° 36.796/2 sur un avant-projet devenu le décret du 12 mai 2004 portant diverses mesures de lutte contre le décrochage scolaire, l'exclusion et la violence à l'école et, notamment, la création du Centre de rescolarisation et de resocialisation de la Communauté française, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 535/1.

(218) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 535/1.

(219) C.C., arrêt n° 27/92, du 2 avril 1992, 4.B.2. et arrêt n° 23/95, du 2 mars 1995, B.3.2.

au détriment du pouvoir de sélection des élèves. Certes les établissements officiels doivent toujours, à l'inverse des établissements libres, offrir la possibilité d'un choix entre les cours philosophiques. Il apparaît néanmoins douteux que cet aspect puisse justifier à lui seul une telle inégalité de financement (220).

Quoi qu'il en soit, la section de législation du Conseil d'Etat s'est montrée soucieuse que le rattrapage de la norme des 75 %, annoncé par le décret de la Saint-Boniface, soit effectivement réalisé. Ainsi, examinant des dispositions qui avaient pour effet, sous couvert de traitement égal des établissements organisés et subventionnés, de retarder le rattrapage, elle a estimé que ces mesures devaient être justifiées au regard du principe d'égalité (221).

45. Il nous semble que c'est encore et toujours au nom de la paix scolaire que le législateur justifie, sans oser l'avouer explicitement, les inégalités de financement. La communautarisation de l'enseignement avait fait naître les craintes d'une nouvelle guerre scolaire. C'est pourquoi, dans un premier temps, le constituant réservait au législateur fédéral ce qui a trait à la paix scolaire. La communautarisation de 1988 n'a pas annihilé ce souci de protéger la paix scolaire. En témoigne ce qu'en dit la Cour constitutionnelle : «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 17 de la Constitution, ne soit pas compromise» (222). Si, de prime abord, la Cour a pu relativiser la portée de la protection de la paix scolaire, elle a rapidement raffermi sa position en la matière : «Si, dans les travaux préparatoires de l'article 17, il est souvent fait référence aux équilibres consacrés par le Pacte scolaire et par les lois des 29 mai 1959, 11 juillet 1973 et 14 juillet 1975, il ne peut en être déduit que l'article 17 n'aurait eu pour objet que de donner une valeur constitutionnelle aux principes consacrés par ces dispositions. Ainsi que le prévoit explicitement le quatrième paragraphe de l'article 17, seules des différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, peuvent justifier un traitement différent. Un tel traitement ne pourrait cependant aboutir à mettre en cause la liberté de l'enseignement et le libre choix des parents qui sont garantis par le premier paragraphe de l'article 17. La seule considération qu'un traitement diffé-

(220) X. DELGRANGE, «Le financement de l'enseignement et l'égalité entre les réseaux», *A.P.T.*, 2002, pp. 307-309.

(221) Avis n° 36.103/2 sur un avant-projet devenu le décret-programme du 17 décembre 2003, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 472/1; avis n° 40.744/2 du 23 juin 2006 sur un avant-projet devenu le décret du 20 juillet 2006 portant diverses mesures en matière d'enseignement obligatoire, d'enseignement supérieur, de culture et d'éducation permanente, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2005-2006, n° 283/1, observation sous les art. 64, 65 et 77.

(222) C.C., arrêt n° 38/91, du 5 décembre 1991, B.3.8.

rencié existait sous l'empire de la législation antérieure ne suffit pas à établir qu'il était et qu'il reste fondé sur des différences objectives» (223). «Toutefois, dès lors qu'il existe des différences objectives qui justifient un traitement différent, le législateur décréteil peut s'inspirer des mesures par lesquelles, avant la révision simultanée des articles 59*bis* et 17 de la Constitution, le législateur national avait assuré la paix scolaire» (224).

Il n'est dès lors pas étonnant qu'une des seules mesures que la Cour a censurées pour violation du principe d'égalité entre écoles n'était pas liée à la question des réseaux mais discriminait les écoles en développement (225).

46. Malgré le maintien de cette importante différence de financement, le contentieux devant la Cour constitutionnelle s'est tari (226). Le dernier arrêt en la matière concerne cependant une problématique hautement symbolique : les avantages sociaux (227). Ceux-ci peuvent être définis comme «les avantages pécuniaires ou matériels accordés facultativement par la commune ou la province, directement ou indirectement, aux élèves des écoles communales ou provinciales et libres, sises sur leur territoire et dont la raison d'être est de répondre à des besoins d'ordre social, sans être l'expression directe du projet pédagogique spécifique au pouvoir organisateur, ni découler des charges inhérentes à l'organisation normale de l'enseignement» (228). Le décret du 7 juin 2001 relatif aux avantages sociaux rompt avec la manière dont la loi du Pacte scolaire avait traité la question. Le législateur de 1959 avait opté pour une conception évolutive en laissant au juge le soin d'établir la liste des prestations devant être considérées comme avantages sociaux. Le décret du 7 juin 2001 impose quant à lui une liste exhaustive. Tout en constatant que le décret entraîne un «recul», la Cour s'est refusée à apprécier la validité de ce passage à une liste fermée. Ce faisant, elle se dénie le pouvoir de vérifier le respect du principe de *standstill*, considérant qu'elle «n'est pas compétente pour apprécier si la disposition ancienne était meilleure que celle qui la modifie» (229).

Elle s'est limitée à constater que, dans les matières énumérées dans le décret, l'égalité de traitement est garantie puisque les pouvoirs organisa-

(223) C.C., arrêt n° 38/91, précité, B.3.7.

(224) C.C., arrêt n° 38/91, précité, B.3.8. et arrêt n° 26/92, du 2 avril 1992, 3.B.4. Voy. égal. C.C., arrêt n° 109/98, du 4 novembre 1998, B.7.-B.10.

(225) C.C., arrêt n° 28/92, du 2 avril 1992, 5.B.4.

(226) A cet égard, le paradoxe veut que c'est au niveau de l'enseignement supérieur, là où l'égalité de financement est globalement atteinte, que les établissements sont plus enclins à contester toute norme allant à l'encontre du principe d'égalité.

(227) Voy. les réf. citées in X. DELGRANGE, «Les avantages sociaux, baromètre de la concurrence loyale entre les établissements d'enseignement», note sous Cass., 18 novembre 2004, *Selles-lahs c. Commune d'Evere* (RG n° C.02.0264.F), *Rev. dr. comm.*, 2005, pp. 54-63.

(228) G. GENERET, «Les avantages sociaux dans l'enseignement», *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1999, n° 1637-38, p. 5.

(229) C.C., arrêt n° 56/2003, du 14 mai 2003, B.4.4.

teurs de l'officiel subventionné doivent accorder les mêmes avantages aux élèves du libre subventionné qu'à leurs élèves (230). En revanche, elle considère que «l'octroi d'avantages autres que ceux qui sont énumérés à l'article 2 et qui échapperaient à la règle d'égalité de l'article 3 n'est admissible que s'il s'agit non d'avantages sociaux mais de mesures propres au projet pédagogique du pouvoir organisateur» (231).

47. La Cour souligne l'interaction qui existe entre les différentes dimensions de la liberté d'enseignement : «La liberté de choix des parents ne saurait être dissociée du droit de créer des établissements d'enseignement et du droit au subventionnement que possèdent lesdits établissements» (232). Toutefois en validant le décret relatif aux avantages sociaux, la Cour a admis un accroissement des inégalités de financement entre les réseaux. Cela a des conséquences sur le libre choix puisque celui-ci pourra désormais être davantage influencé par des considérations financières. La motivation ne permet cependant pas de déterminer si la Cour a contrôlé la validité des normes querellées au regard du libre choix. S'est-elle centrée sur la question de l'égalité du financement afin d'effectuer un contrôle restreint? Ce ne serait pas une première : «le régime des écoles de libre choix tend à garantir réellement le libre choix des parents, au cas où celui-ci serait en danger. Il doit par conséquent exclusivement s'apprécier dans la perspective de la liberté passive d'enseignement, c'est-à-dire le droit de recevoir un enseignement, et non du point de vue de la liberté active d'enseignement, c'est-à-dire le droit de créer un établissement d'enseignement, qui est garantie par les normes ordinaires de rationalisation» (233).

b) *La liberté de choisir son personnel*

48. Le principe s'énonce simplement :

«La liberté d'enseignement implique la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir le personnel qui sera chargé de mener à bien la réalisation des objectifs pédagogiques propres» (234).

La conséquence s'impose logiquement : «la liberté de choix a donc des répercussions sur les rapports de travail entre ce pouvoir organisateur et son personnel et justifie que la désignation et la nomination du personnel de l'enseignement libre subventionné se fassent par contrat» (235). L'on se

(230) C.C., arrêt n° 56/2003, précité, B.4.4. à B.4.6.

(231) C.C., arrêt n° 56/2003, précité, B.4.9.

(232) C.C., arrêt n° 25/92, du 2 avril 1992, 4.B.3.

(233) C.C., arrêt n° 85/98, du 15 juillet 1998, B.3.8.

(234) C.C., arrêt n° 66/99, du 17 juin 1999, B.3.4 et arrêt n° 87/2002, du 8 mai 2002, B.3.3.

Dans le même sens, C.C., arrêt n° 104/2001, du 13 juillet 2001, B.6.1. et arrêt n° 73/2002, du 23 avril 2002, B.6. De même, Cass., 6 septembre 2002, *Leman c. KUL*.

(235) *Ibid.*

trouve donc ici face à un cas manifeste où, conformément à l'article 24, §4, de la Constitution, une différence objective entre les établissements libres et leurs homologues officiels justifie un traitement différencié.

La Cour constitutionnelle précise que «cette liberté n'est toutefois pas illimitée et ne s'oppose pas à ce que le législateur compétent y apporte des restrictions, à condition qu'elles soient raisonnablement justifiées et proportionnées au but et aux effets de la mesure» (236). Or le souci de traiter de manière égale les enseignants, par-delà leur différence de statut, a amené le législateur communautaire, avec les encouragements de la section de législation du Conseil d'Etat (237) et la bénédiction de la Cour constitutionnelle (238), à réduire considérablement cet aspect fondamental de la liberté organisationnelle (239).

Effectivement, établissant pour les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné, un statut équivalent à celui adopté dans l'enseignement officiel, les législateurs décrets ont, de part et d'autre de la frontière linguistique, considérablement restreint le droit des établissements libres de choisir leur personnel. Comme le relèvent Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier, le statut «limite l'essentiel de cette liberté aux premiers engagements de l'intéressé, avant de formuler des règles de garanties de l'emploi destinées à assurer une stabilité de celui-ci» (240). Ce reliquat de liberté est à son tour compromis par l'évolution législative, qui poursuit sa marche vers l'égalité des enseignants. Dans certaines hypothèses telles que la réaffectation, la législation récente impose en effet à un établissement libre subventionné l'obligation d'engager un enseignant qu'il n'a choisi d'aucune manière. La section de législation s'en est cette fois émue. Se fondant sur la constatation que «la jurisprudence de la Cour d'arbitrage a évolué quant à la mise en balance de la liberté d'enseignement et l'égalité entre les membres du personnel enseignant. Dans un premier temps, celle-ci a mis

(236) C.C., arrêt n° 66/99, du 17 juin 1999, B.3.; dans le même sens : C.C., arrêt n° 19/99, du 17 février 1999, B.4.2.

(237) Voy., pour une synthèse de cette interprétation, les avis n° 26.387/2 du 18 juin 1997 sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1997 «fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des Hautes Ecoles organisées ou subventionnées par la Communauté française», *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 174/1 et n° 28.733/2 du 1^{er} mars 1999 sur un avant-projet devenu le décret du 17 mai 1999 «relatif au statut administratif des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des établissements d'enseignement de promotion sociale de la Communauté française», *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1998-1999, n° 308/1.

(238) «Pour justifier, au regard de la règle d'égalité et de non-discrimination, une différence de traitement entre les membres du personnel des réseaux d'enseignement, il ne suffit pas d'indiquer l'existence de différences objectives entre ces membres du personnel. Il doit encore être démontré qu'à l'égard de la matière réglée, la distinction alléguée est pertinente pour justifier raisonnablement une différence de traitement» (C.C., arrêt n° 38/96, du 27 juin 1996, B.5.3.).

(239) Voy. X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*, pp. 52-54; M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 52-55.

(240) P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 159.

l'accent sur le principe d'égalité. Dans des arrêts plus récents, elle insiste davantage sur la nécessité de respecter l'autonomie des pouvoirs organisateurs subventionnés» (241), elle a exprimé des doutes quant à la validité de ce pas supplémentaire. Le législateur a néanmoins adopté pareille disposition, estimant qu'elle «sert plus l'égalité qu'elle ne dessert la liberté de l'enseignement» (242). Il ajoutait que le pouvoir organisateur a toujours «la possibilité de licencier le membre du personnel qui ne le satisfait pas» (243). Il faut pourtant souligner que les hypothèses de licenciement sont limitativement énumérées dans le décret, et qu'elles ne diffèrent pas de celles prévues dans les autres réseaux (244), de sorte qu'en la matière, les établissements libres ne disposent pas de davantage de liberté que les établissements officiels. En outre, le pouvoir organisateur qui opterait pour le licenciement prendrait le risque de perdre la subvention-traitement afférente à l'emploi litigieux (245). Quoi qu'il en soit, la législation évolue vers une uniformisation du statut des enseignants, au détriment de la liberté pour les pouvoirs organisateurs libres subventionnés de pouvoir choisir leur personnel (246).

49. Dernièrement (247), la Cour constitutionnelle a admis que le législateur impose des conditions de nomination du personnel tenant à la connaissance de la langue de la région (248) ou à des exigences de qualification dans le chef des directeurs d'établissement (249). Elle a même considéré

(241) Avis n° 33.521/2 du 18 septembre 2002 sur un avant-projet devenu le décret du 19 décembre 2002 modifiant certaines dispositions relatives au statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 330/1. Voy. déjà précédemment l'avis n° 32.243/2 à 32.245/2 du 3 décembre 2001 sur des avant-projets devenus des décrets du 31 janvier 2002 fixant le statut des membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2001-2002, n° 231/1. Ces décrets ont pour objet, «conformément au principe d'égalité», de doter les membres du personnel technique des centres psycho-médico-sociaux de «statuts analogues», quelle que soit la nature juridique des pouvoirs organisateurs concernés (Exposé des motifs, *Doc.*, C.C.F., sess. ord. 2001-2002, n° 231/1, p. 2). Voy. encore l'avis n° 36.796/2 sur un avant-projet devenu le décret du 12 mai 2004 portant diverses mesures de lutte contre le décrochage scolaire, l'exclusion et la violence à l'école et, notamment, la création du Centre de rescolarisation et de resocialisation de la Communauté française, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 535/1. La section de législation se réfère aux arrêts cités ci-dessus.

(242) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 330/1, p. 2.

(243) *Ibid.*

(244) Comparer les art. 71 à 72ter du décret du 1^{er} février 1993 avec les art. 168 et 169 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 ainsi qu'avec les art. 58 et 59 du décret du 6 juin 1994.

(245) Voy. l'art. 36, §2 et 3, de la loi du Pacte scolaire, inséré par le décret du 1^{er} février 1993.

(246) En ce sens, déjà, P.-P. VAN GEHUCHTEN, «L'école comme service public : quelle(s) distinction(s) entre les réseaux quant aux statuts des enseignants», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement : approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 410-413.

(247) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 34-38.

(248) C.C., arrêt n° 65/2006, du 3 mai 2006.

(249) C.C., arrêt n° 132/2007, du 17 octobre 2007.

légitime que le législateur se préoccupe des qualifications du personnel non subventionné des établissements libres subventionnés (250).

c) *La liberté des méthodes pédagogiques et la délivrance des diplômes*

50. Orban considérait déjà en 1911 que la liberté d'enseignement implique «la liberté des méthodes et des procédés pédagogiques» (251). La loi du Pacte scolaire de 1959 consacre encore cette définition en proclamant que «chaque pouvoir organisateur est libre en matière de méthodes pédagogiques».

Analysant l'avant-projet de décret «missions», la section de législation du Conseil d'Etat considérait que ses dispositions

«ont pour effet de rendre plus uniformes les règles de fonctionnement des établissements d'enseignement, quel que soit les réseaux auxquels ils appartiennent. Cela ne peut se faire qu'au détriment de la liberté d'organiser un enseignement. Les établissements subventionnés, et spécialement le réseau libre, voient leurs libertés réduites en matière de programmes d'études, de choix pédagogiques, de niveau des études, de choix des élèves, etc.

Ainsi, même s'il ne l'abroge pas explicitement, le projet examiné rend sans objet l'article 6 de la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, dite loi du Pacte scolaire, qui, en reconnaissant, sous conditions et contrôle, la liberté de choisir les méthodes pédagogiques et de fixer les horaires, constituait le symbole de la survivance de la liberté d'organiser un enseignement (...)» (252).

Elle se référait à Michel Leroy, selon lequel la disposition du Pacte scolaire «fait figure de marque de déférence à l'égard d'un principe dont le souvenir se perpétue, comme le culte d'un ancêtre qui attire d'autant plus de vénération qu'il est lointain» (253).

La section de législation concluait :

«Il appartient donc au Conseil de la Communauté française d'apprécier si, en l'espèce, la mise en balance de divers aspects du droit à l'enseignement, à savoir le droit à l'égalité des élèves, la liberté d'organiser un enseignement et le droit de la communauté d'établir des règles de subventionnement de cet enseignement, est réalisée d'une manière raisonnable».

Lors des travaux préparatoires du décret «missions», la Ministre-Présidente du Gouvernement de la Communauté française de l'époque, Lau-

(250) C.C., arrêt n° 154/2005, du 20 octobre 2005.

(251) O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., p. 507. Voy., à cet égard, P. VANDERNOOT et J. SOHIER, op. cit., pp. 152-156.

(252) Avis n° 26.242/2, donné le 23 avril 1997, sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre (*Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 152/1).

(253) M. LEROY, op. cit., p. 23.

rette Onkelinx, répondit notamment que «les programmes restent de la compétence de chacun des pouvoirs organisateurs. En outre, dans les articles relatifs au rôle de la commission des programmes, il est à chaque fois précisé que son contrôle ne porte pas sur des méthodes pédagogiques» (254).

C'est dire si, de nos jours encore, l'abstention des autorités publiques de s'immiscer dans la définition des méthodes pédagogiques demeure le gage de la subsistance de la liberté organisationnelle.

Celle-ci est reconnue non seulement aux établissements libres mais également aux établissements officiels organisés par d'autres personnes publiques que la Communauté française. Les travaux préparatoires de la révision de l'article 24 de la Constitution en 1988 le rappellent explicitement (255). Cette conception perdure également. Ainsi, étendant l'exigence de neutralité à l'enseignement officiel subventionné, le législateur a veillé, en adaptant la définition de la neutralité applicable aux établissements de la Communauté française, à en omettre toute notion qui pourrait être interprétée comme empiétant sur la liberté des méthodes pédagogiques reconnue aux établissements officiels subventionnés (256).

51. Si la notion de liberté des méthodes pédagogiques symbolise donc toujours le fil rouge que l'on ne pourrait franchir sans porter une atteinte excessive à la liberté d'enseignement, ce fil est néanmoins tissé en peau de chagrin. Son tracé est, en outre, à ce point sinueux que la frontière qu'il entend établir est devenue bien poreuse. Ainsi, le législateur ne voit pas de contradiction dans le fait de réaffirmer cette liberté des méthodes pédagogiques lorsqu'il intervient pour réguler ou interdire les devoirs à domicile (257). De même, le récent décret qui réorganise fondamentalement l'inspection précise que celle-ci ne peut s'immiscer dans le contrôle des méthodes pédagogiques même si elle est chargée d'apprécier les méthodes d'évaluation ou le choix du matériel didactique (258). A chacun de ces rescacs de la liberté des méthodes pédagogiques, la section de législation du

(254) Rapport de la Commission de l'éducation, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 152/62, p. 31.

(255) Le Ministre francophone de l'Éducation nationale de l'époque a en effet déclaré que «non seulement les pouvoirs publics (autres que l'État et les Communautés) ont la liberté d'organiser un enseignement, mais ils jouissent aussi de la liberté d'en définir le caractère et les méthodes pédagogiques» (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 100-1/2, p. 32).

(256) Comparer le décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et celui du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné. La méthode retenue est exposée dans le Rapport de la Commission de l'éducation sur le projet devenu le décret du 17 décembre 2003, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 456/3, not. p. 4. Voy. X DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement...», *op. cit.*, pp. 119-160, sp. pp. 142-143.

(257) Art. 78 du décret «missions» inséré par le décret du 29 mars 2001 visant à réguler les travaux à domicile dans l'enseignement fondamental.

(258) Art. 6 à 11, 23 et 25 du décret du 8 mars 2007 relatif au service général de l'inspection.

Conseil d'Etat a exprimé sa préoccupation (259) sans toutefois parvenir à calmer les ardeurs du législateur et sans que les initiatives de celui-ci ne fassent l'objet de recours devant la Cour constitutionnelle.

Deux immixtions dans les méthodes pédagogiques méritent toutefois d'être relevées justement parce qu'elles ont fait l'objet d'un recours constitutionnel. Il s'agit de la précision dans la définition des socles de compétence et l'organisation de la formation continuée des enseignants (260).

52. La Cour constitutionnelle a annulé équitablement un décret flamand et un décret francophone qui définissaient de manière trop contraignante des objectifs de développement ou autres socles de compétences : ceux-ci étaient «à ce point vaste et détaillés qu'ils ne peuvent raisonnablement être considérés comme des objectifs minimaux, de sorte que ces objectifs ne laissent pas suffisamment de latitude pour pouvoir réaliser les objectifs d'un projet pédagogique propre. Il est ainsi porté atteinte à la liberté d'enseignement» (261). Malgré la sévérité du diagnostique, le remède prescrit n'était pas de cheval mais se rapprochait plutôt de l'homéopathie voire du placebo. Il suffisait en effet de mettre en place une procédure de dérogation pour que la Cour estime que l'atteinte à la liberté d'enseignement n'était pas disproportionnée. Alors que la Constitution proclame toujours la liberté d'enseignement et persiste à prohiber toute mesure préventive, les établissements ne peuvent plus obtenir un assouplissement des décrets «socles» qu'en passant par des procédures de dérogation contraignantes et restrictives.

Cette jurisprudence n'a pas manqué de susciter une certaine perplexité dans le chef du Conseil d'Etat :

«est-il possible de pallier la violation de la liberté d'enseignement résultant de socles de compétences très étendus et détaillés en organisant une procédure de dérogations limitées ? Il convient de considérer que plus les socles de compétences sont attentatoires à la liberté d'enseignement, plus les possibilités de dérogations doivent être larges» (262).

Si l'on relit cette jurisprudence à la lumière des autres arrêts de la Cour la matière, le régime de dérogation qu'elle a prescrit nous semble pêcher par une triple incohérence. *Primo*, l'enseignement entièrement privé ne jouit pas du droit à la dérogation. Le législateur francophone a limité le champ d'application du décret organisant la procédure de dérogation aux établissements subventionnés par la Communauté (263). Dans l'avant-projet de

(259) Voy. not. l'avis n° 30.880/2 du 11 décembre 2000 sur un avant-projet devenu le décret du 29 mars 2001 visant à réguler les travaux à domicile dans l'enseignement fondamental.

(260) Voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, op. cit., pp. 26-32.

(261) C.C., arrêt n° 76/96, du 18 décembre 1996, B.9.; dans le même sens, C.C., arrêt n° 49/2001, du 18 avril 2001, B.11.

(262) Avis n° 31.675/2, du 17 mai 2001, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 180, p. 86.

(263) Décret du 19 juillet 2001 portant confirmation des socles de compétences visés à l'art. 16 du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental

décret, le législateur avait prévu la faculté pour un établissement non subventionné de demander une dérogation aux socles de compétence. Il a retiré cette mesure suite à l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier estimait que cette disposition n'avait pas lieu d'être puisque les socles de compétence ne concernaient que l'enseignement subventionné ou organisé par la Communauté (264). Il était toutefois loisible au législateur de réintroduire cette disposition lorsqu'il s'immisça dans la liberté pédagogique de l'enseignement privé en exigeant notamment un «niveau d'études équivalents» aux socles de compétence. Il n'a pas franchi ce pas. La liberté pédagogique des établissements subventionnés apparaît donc, du point de vue du droit à la dérogation, moins restreinte que celle des établissements privés (265). *Secundo*, rien ne semble justifier que le législateur ait prévu une procédure pour déroger aux socles de compétences alors qu'il s'en est abstenu pour les compétences terminales, les savoirs communs, les savoirs requis et les compétences minimales. Comme l'affirme le Conseil d'Etat, ces compétences sont également définies de manière à ce point vaste et détaillée qu'elles portent atteinte à la liberté d'enseignement (266). *Tertio*, la possibilité de dérogation reconnue aux établissements à pédagogie alternative ne s'est jamais prolongée d'une dérogation aux mécanismes régulant les inscriptions dans le secondaire (267). On observe ici une rupture entre liberté organisationnelle et libre choix.

53. L'organisation de la formation, qu'elle soit initiale ou continuée des enseignants, constitue manifestement un élément très sensible au regard de la liberté organisationnelle des établissements scolaires. Lorsque la Communauté française a entrepris de réglementer cette matière, ses décrets ont été le plus souvent entrepris devant la Cour constitutionnelle. Cette dernière a fait montre de beaucoup de souplesse. En effet, pour cette question, elle change complètement de perspective, n'exigeant plus du législateur qu'il démontre la nécessité de restreindre la liberté d'enseignement mais, au contraire, contraignant les établissements à démontrer que l'atteinte à leur liberté est disproportionnée : la liberté d'enseignement «n'empêche pas que le législateur décretaal impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté. De telles mesures ne sauraient être considérées en tant que telles comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limita-

et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre et organisant une procédure de dérogation limitée.

(264) Pour appuyer cela, il faisait référence au champ d'application du décret «missions». *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 180/1, p. 87.

(265) M. EL BERHOUMI, «L'enseignement à domicile perquisitionné...», *op. cit.*, p. 704.

(266) Avis n° 31.675/2 du 17 mai 2001, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 180-1, p. 87; avis n° 31.013/2 du 17 janvier 2001, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2000-2001, n° 145-1, p. 29.

(267) *Voy.* n° 28.

tions concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci» (268). Invitée à se prononcer sur un décret imposant une formation inter-réseaux portant en partie sur les méthodes pédagogiques, elle optera pour le laxisme : «la formation en cours de carrière ne porte que dans une mesure restreinte sur les méthodes pédagogiques et qu'elle ne vise pas à faire opter en faveur d'une certaine méthode pédagogique plutôt qu'en faveur d'une autre» (269). De ligne rouge infranchissable sous peine d'agression impardonnable, les méthodes pédagogiques deviennent une réserve qu'il convient de ne fouler qu'avec retenue (270).

54. Même l'enseignement à domicile est désormais tenu, en vertu du décret du 25 avril 2008, d'assurer un niveau d'études équivalent à celui qui se déduit des socles de compétences et autres compétences terminales définis dans le décret «missions». Selon la Cour constitutionnelle, «si la liberté d'enseignement, visée à l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, implique le droit d'organiser et d'offrir, sans référence à une conception philosophique confessionnelle ou non confessionnelle déterminée, un enseignement qui trouve sa spécificité dans les conceptions pédagogiques ou éducatives particulières, elle n'empêche toutefois pas que le législateur compétent prenne, en vue d'assurer la qualité et l'équivalence de l'enseignement obligatoire, des mesures qui soient applicables de manière générale, indépendamment de la spécificité de l'enseignement dispensé» (271). Elle ajoute que, «compte tenu, dès lors, des caractéristiques propres à l'enseignement à domicile et à la liberté d'enseignement, l'appréciation du caractère 'équivalent' du niveau d'études doit prendre en considération les méthodes pédagogiques ainsi que les conceptions idéologiques, philosophiques ou religieuses des parents ou des enseignants, pour autant que ces méthodes ne méconnaissent pas le droit de l'enfant à recevoir un enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux et ne porte atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au niveau des études à atteindre» (272).

Les méthodes pédagogiques retrouvent en l'occurrence leur valeur de symbole du respect de la liberté d'enseignement. Le Conseil d'État n'a pas

(268) C.C., arrêt n° 1/2003, du 8 janvier 2003, B.6.2.

(269) C.C., arrêt n° 67/2004, du 5 mai 2004, B.10.

(270) La section de législation a cependant une nouvelle fois cru devoir exhorter le législateur au respect de la liberté des méthodes pédagogiques à l'occasion d'une nouvelle réforme de la formation continuée (voy. l'avis n° 46.149/2 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 portant exécution du Protocole d'accord du 20 juin 2008 conclu pour la période 2009-2010 avec les organisations syndicales représentatives du secteur de l'enseignement, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2008-2009, n° 702/1).

(271) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.23.1.1. et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009, B.10.1.1.

(272) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.23.4.

soulevé d'objections à l'égard de l'exigence d'un niveau d'études équivalent. Que du contraire (273)...

55. L'évaluation des élèves a longtemps été considérée comme le pré carré des enseignants, qui ne tolérait aucun empiètement.

Confrontée à un avant-projet de décret imposant à tous les établissements d'enseignement primaire de se dessaisir des examens dont la réussite permettait l'octroi du certificat d'études de base, au profit d'une évaluation externe, la section de législation du Conseil d'Etat alluma un feu rouge vif.

Elle s'appuya tout d'abord sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui a notamment admis la validité de socles de compétences très détaillés parce que ceux-ci ne portent pas atteinte «à l'autonomie dont jouissent les écoles pour délivrer des certificats d'études et des diplômes valables en droit sans intervention des autorités publiques» (274). Elle constata ensuite, remontant à Oscar Orban (275), que «cette autonomie dans la certification a toujours été jusqu'à présent traditionnellement considérée comme un des éléments constitutifs de la liberté d'enseignement. Elle est confirmée par la sixième résolution du Pacte scolaire : 'en règle générale, (la sanction des études) sera confiée à chaque établissement'. Or, par la révision de l'article 24 de la Constitution en 1988, le Constituant a entendu consacrer 'les principes de base du Pacte scolaire', considérant que 'les chapitres A, B et C (résolutions 1 à 11) du Pacte scolaire contiennent les piliers de ce dernier' (276)». Elle conclut : «En imposant, pour la première fois, aux établissements d'enseignement subventionné une épreuve certificative externe commune sur la base des socles de compétences qui continuent à constituer des objectifs minimaux – que les établissements d'enseignement sont donc toujours libres de compléter –, le législateur doit pouvoir justifier qu'il ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'enseignement. Pour ce faire, le législateur doit démontrer que l'introduction d'une épreuve certificative externe commune est nécessaire et proportionnelle pour atteindre l'objectif poursuivi» (277).

(273) L'avant-projet soumis à la section de législation mentionnait un «niveau d'études suffisant». «Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi les mineurs soumis à l'obligation scolaire doivent seulement acquérir «un niveau d'études suffisants» en référence aux socles de compétence, aux compétences terminales, aux savoirs communs requis et aux compétences minimales, et ce d'autant moins qu'ils doivent être placés, quant à ce niveau, dans les conditions identiques à celles des mineurs provenant des autres formes d'enseignement pour l'épreuve et les examens qu'ils sont tenus de présenter» (avis n° 43.832/2 du 17 décembre 2007, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2007-2008, n° 521-1, p. 23).

(274) C.C., arrêt n° 76/96, du 18 décembre 1996, B.8.3.; arrêt n° 19/98, du 18 février 1998, B.9. et arrêt n° 49/2001, du 18 avril 2001, B.10.3.

(275) Elle invoquait également l'étude précitée de P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 158-159.

(276) Déclaration du ministre des Réformes institutionnelles (N), Rapport de la Commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1988, n° 100-1/2°, p. 27.

(277) Avis n° 39.800/2, du 8 mars 2006, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2005-2006, n° 251/1.

Ce vibrant plaidoyer n'émut pas le législateur qui adopta le décret du 2 juin 2006 relatif à l'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement obligatoire et au certificat d'études de base au terme de l'enseignement primaire. Lassitude ou résignation, la section de législation n'émit plus la moindre réserve lorsqu'elle fut saisie d'un avant-projet prévoyant l'organisation d'un test d'enseignement secondaire supérieur, épreuve commune organisée à la sortie de l'enseignement secondaire (278).

La Cour constitutionnelle n'a pas été saisie de ces décrets. Sa réponse peut néanmoins être supputée au regard de l'arrêt qu'elle a rendu à l'égard du décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française. Les élèves scolarisés à domicile ou fréquentant un enseignement purement privé sont désormais contraints de se soumettre à des épreuves de certification standardisées, organisées par la Communauté. La Cour n'y a pas vu d'atteinte excessive à la liberté d'enseignement : «loin de porter atteinte à la liberté de l'enseignement, ces épreuves permettent au contraire aux parents et enseignants d'évaluer, et éventuellement d'adapter, le niveau de l'enseignement qu'ils dispensent ou font dispenser, ainsi que les outils pédagogiques utilisés» (279). Les élèves étudiants à domicile ne peuvent toutefois être discriminés par l'organisation de ces épreuves, notamment parce qu'ils devraient les réussir à un âge plus précoce que ceux qui fréquentent des établissements organisés ou subventionnés par la Communauté en y prolongeant leurs études (280).

d) *L'offre du point de vue des convictions*

56. Les recours introduits contre le décret du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française, ont amené la Cour à affirmer une évidence qui s'avère ne pas s'imposer à tout le monde.

Les requérants estimaient leur liberté violée par le fait que le décret permet de contrôler que l'enseignement dispensé «est conforme au titre II de la Constitution et ne prône pas des valeurs qui sont manifestement incompatibles avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Les travaux préparatoires du décret explicitaient ainsi ce qui eut pourtant du paraître comme relevant du bon sens : ces dispositions visent à vérifier que l'enseignement «n'est pas manifestement incompatible avec les valeurs de notre société. (...). Ainsi en irait-il, par

(278) Décret du 30 avril 2009 visant au renforcement du dispositif d'évaluation externe des acquis des élèves de l'enseignement obligatoire.

(279) C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.30.3.

(280) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.33.

exemple, d'un établissement qui pratiquerait des châtements corporels ou dont l'enseignement reposerait sur des conceptions racistes, sexistes ou sur toute autre conception discriminatoire» (281).

La Cour balaya ce moyen, qu'elle eut pu qualifier d'illégitime, d'un revers de la main :

«ces dispositions permettent ainsi de s'assurer que le droit à l'enseignement de l'enfant s'exerce, conformément à l'article 24, §3, de la Constitution, 'dans le respect des droits fondamentaux', parmi lesquels figurent tant le titre II de la Constitution que la Convention européenne des droits de l'homme» (282).

57. Les mêmes requérants reprochaient encore au décret du 25 avril 2008 d'assigner à l'enseignement à domicile ou privé les mêmes objectifs que ceux auxquels sont astreints les établissements organisés ou subventionnés par la Communauté en vertu de l'article 6 du décret «missions». La Cour se contenta de constater que, ce faisant, le décret ne tend qu'à s'assurer que «l'enseignement dispensé à domicile poursuit le même objectif général que tout enseignement, à savoir l'épanouissement intellectuel et social de tous les enfants» (283). Elle eut pu ajouter que le décret permettait également à la Communauté française de satisfaire à ses obligations déduite de l'article 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont le paragraphe 2 garantit la liberté pour les personnes physiques ou morales de créer ou diriger des écoles privées pour autant que celles-ci se conforment aux principes énoncés au paragraphe 1^{er}, qui assigne à l'enseignement la poursuite de valeurs ayant inspiré la rédaction de l'article 6 du décret «missions».

e) *L'offre du point de vue de la langue de l'enseignement*

58. La législation relative à l'emploi des langues dans l'enseignement ne laisse aucune liberté aux établissements, qu'ils soient organisés, subventionnés ou seulement reconnus par la Communauté, de déterminer la langue de leur enseignement. Celle-ci est en effet impérativement la langue de la région linguistique où est implantée l'école (284). Les établissements bruxellois peuvent donc opter soit pour le français, soit pour le néerlandais, profitant du caractère bilingue de la région de Bruxelles-Capitale (285). La seule exception réside dans les facilités accordées à certaines communes qui, si la demande leur en est faite par suffisamment de parents, doivent organiser un enseignement dans la langue de la mino-

(281) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.19.1.

(282) *Ibid.*

(283) C.C., arrêt n° 107/2009, précité, B.21.2.

(284) Art. 1^{er} et 4 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement.

(285) Art. 5 de la loi du 30 juillet 1963.

rité (286). Les établissements libres sont donc privés de la possibilité d'ouvrir une école dans la langue d'enseignement d'une minorité. La compatibilité de cette législation avec le principe de la liberté organisationnelle ne semble pas avoir été soulevée à ce jour.

Dans un avis demeuré isolé, la section de législation du Conseil d'Etat avait critiqué un avant-projet de décret de la Communauté germanophone qui permettait de déroger en certains cas au principe de l'enseignement en allemand :

« Il convient d'examiner l'admissibilité du système en projet au regard des normes supérieures et notamment de l'article 4 de la Constitution qui énonce que la Belgique comprend quatre régions linguistiques : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande.

Il résulte de cette disposition constitutionnelle que l'usage de la langue allemande doit être la règle, l'usage de l'autre langue constituant l'exception. Si le projet se situe dans cette perspective, encore convient-il d'examiner si les exceptions qu'il prévoit ne sont pas trop larges » (287).

Si le Conseil d'Etat estimait que la possibilité d'ouvrir des sections maternelles ou primaires en langue française ou néerlandaise était justifiée par le souci de protéger les minorités, il s'opposait toutefois à un régime qui permettait à un établissement dont la langue d'enseignement est l'allemand de faire donner certains cours en français : « Le constituant n'a prévu qu'une seule région bilingue : celle de Bruxelles-Capitale. Il ne peut donc être admis au regard de l'article 4 de la Constitution que le volume des cours ou des activités en langue française soit tel que la région unilingue de langue allemande devienne de facto une région bilingue dans la matière de l'enseignement fondamental et secondaire. Par ailleurs, une dérogation permettant de dispenser la moitié ou plus des activités ou des heures de cours en français viderait de sa substance le principe même du projet selon lequel l'allemand est la langue de l'enseignement ».

Le Conseil d'Etat n'a toutefois pas réitéré cette objection lorsqu'il a été amené à examiner l'avant-projet de décret de la Communauté française relatif à l'immersion linguistique (288).

59. Les initiatives législatives de la Communauté française en matière d'immersion linguistique furent par ailleurs l'occasion pour la section de législation du Conseil d'Etat de rappeler certains principes fondamentaux en matière de liberté d'enseignement. Un avant-projet conférait en effet au Gouvernement le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non un établissement à

(286) Art. 6 de la loi du 30 juillet 1963.

(287) Avis n° 32.759/2 du 24 février 2003 sur un avant-projet devenu le décret du 19 avril 2004 relatif à la transmission des connaissances linguistiques et à l'emploi des langues dans l'enseignement, *Doc.*, P. D. Gem., sess. ord. 2003-2004, n° 146/1 (avis donné en langue allemande).

(288) *Voy.*, à ce propos, M. VAN DE PUTTE et J. CLEMENT, « Vernieuwingen in de taalregeling van het onderwijs », *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 223-233.

organiser l'apprentissage par immersion. Rappelant que, selon l'article 24, §1^{er}, de la Constitution, «toute mesure préventive est interdite» et se fondant sur la jurisprudence traditionnelle de la Cour constitutionnelle relative à la liberté d'enseignement et au droit au subventionnement qui en découle (289), la section de législation estima que «la réglementation relative à l'immersion linguistique ne peut mettre en place un régime d'autorisation imposé à l'enseignement libre et à l'enseignement officiel subventionné. Elle doit être conçue comme énonçant des conditions de subventionnement» (290). Le législateur s'est rangé à cette observation, ne maintenant le régime d'autorisation que pour les établissements organisés par la Communauté (291).

4. – *La liberté des enseignants*

60. Dans la philosophie libérale de la Constitution de 1831, la liberté d'enseignement vise avant tout la liberté individuelle d'enseigner, sans que l'Etat ne puisse imposer aucune mesure préventive. Orban énonce ainsi, tout en le critiquant, comme corollaire à la liberté d'enseignement, «le droit de chacun d'exercer la profession d'instituteur ou de professeur sans qualification officielle, sans condition, sans brevet, sans diplôme» (292).

Il est frappant de constater que nul ne se préoccupe désormais plus de la liberté d'enseignement des enseignants officiant dans les établissements fondamentaux et secondaires. Celle-ci a été confisquée par les établissements eux-mêmes, qui s'arc-boutent désormais sur leur résidu de liberté en matière de méthodes pédagogiques (293). La Cour constitutionnelle considère ainsi que la liberté d'enseignement, «qui implique que des personnes privées puissent organiser et dispenser un enseignement selon leurs propres conceptions tant en ce qui concerne la forme que pour ce qui est du contenu de cet enseignement, ne comprend pas seulement la liberté du pouvoir organisateur de choisir le personnel qu'il engage en vue de réaliser ses objectifs d'enseignement propres, mais également la liberté de fixer la mission de ce personnel et de régler ses prestations» (294).

Est-il toutefois possible d'enseigner si l'on ne jouit pas d'une large liberté que, par déférence pour les universitaires, l'on ne qualifiera pas d'académique mais de pédagogique (295) ?

(289) L'avis citait C.C., arrêt n°2/2006, du 11 janvier 2006. Sur cette jurisprudence, voy. *supra*, n° 43.

(290) Avis n°42.022/2 du 24 janvier 2007, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2006-2007, n° 392/1, p. 45.

(291) Art. 5 du décret du 11 mai 2007 relatif à l'enseignement en immersion linguistique.

(292) O. ORBAN, *op. cit.*, pp. 506-507.

(293) Voy. X. DELGRANGE, «La liberté académique», in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 407-424.

(294) C.C., arrêt n°19/99, du 17 février 1999, B.4.2.

(295) Voy., en ce sens, M. THOMAS, «L'enseignement est libre' (Constitution, art. 24) à propos du décret 'missions'», in H. DUMONT et M. COLLIN (dir.), *op. cit.*, pp. 121-130.

61. La législation s'efforce néanmoins de garantir une certaine liberté d'expression aux enseignants. Dans les établissements officiels, la définition de la neutralité a évolué de manière à assouplir le devoir de réserve qui pesait sur les enseignants. Désormais, la neutralité positive, incongruité mathématique que seul un juriste peut se permettre, charge les enseignants d'éduquer leurs élèves aux droits de l'homme tout en leur préservant une prudente liberté d'expression (296).

Les enseignants du réseau libre ne sont certainement pas logés à meilleure enseigne. Leur liberté d'expression est en effet muselée par l'obligation qui leur est faite d'adopter un comportement en rapport avec les options philosophiques et pédagogiques de l'établissement qui les emploie (297).

Il est cependant remarquable de constater que la liberté d'expression des enseignants n'a guère en Belgique, à notre connaissance, suscité de jurisprudence. Les enseignants se sont-ils à ce point identifiés à leur établissement ou celui-ci leur accorde-t-il dans les faits une liberté bien plus grande que celle qui est affichée ?

62. Une question qui a par contre agité les prétoires est celle de la vie privée des enseignants. Si le décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné a, semble-t-il, réservé aux livres d'histoire les aventures de professeurs licenciés par des établissements libres pour avoir un comportement aussi licencieux que celui de divorcé (298), la vigilance du juge reste de mise.

Ainsi, un enseignant d'un établissement de la Communauté française fut affligé d'un signalement «insuffisant» pour le sanctionner d'avoir inscrit ses propres enfants dans l'enseignement libre, ce qui aux yeux de son directeur avait pour effet de «dénigrer le travail de ses collègues et d'enfreindre les règles les plus élémentaires de la déontologie enseignante». Cette sanction fut commuée par la chambre de recours puis par la Ministre-Présidente du Gouvernement de la Communauté française de l'époque, Laurette Onkelinx, en un signalement «bon» au lieu du «très bon» qui lui était généralement attribué. La motivation revêtit également des atours plus juridiques : «le principe de la liberté de choix peut être invoqué en la matière parce que s'appuyant sur un prescrit constitutionnel; mais (...) il s'avère que le requérant n'a pas pris en compte les intérêts de l'établissement d'enseignement

(296) Voy. X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement...», *op. cit.*, pp. 150-152.

(297) Art. 14 et 21 du décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné.

(298) Pour un aperçu de l'état de cette question au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la réglementation européenne en matière de lutte contre les discriminations, voy. G. MAES, «Bescherming van eigenheid in privéleven van leerkrachten in het vrij onderwijs», *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 188-212.

où il exerce ses fonctions, puisqu'en faisant l'acte qui lui est reproché, il marque son adhésion à un projet éducatif et à des objectifs pédagogiques qui ne sont pas ceux de la Communauté française». Cette décision d'un autre âge fut prise en 1995. Devant le Conseil d'Etat, la Communauté ajouta qu'elle voyait dans l'acte de l'enseignant une violation de son obligation de neutralité. Le Conseil d'Etat rectifia la portée de la neutralité en précisant qu'elle «a trait principalement à l'exercice des fonctions» et qu'elle ne peut en soi restreindre le libre choix dont il jouit constitutionnellement en tant que parent (299).

C. – LE DROIT DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

63. Le Constituant a rendu la plupart des dispositions de l'article 24 applicable à l'enseignement universitaire alors que ce dernier n'était pas visé par la loi du Pacte scolaire. Cette exclusion ne signifiait pas que le conflit philosophique ait épargné les universités. Néanmoins, pour ce niveau, «la 'paix scolaire' n'y procède pas de dispositions précises comme celles de la loi de 1959, mais d'une situation de fait – consacrée par les textes légaux qui se caractérisent à cet égard par un grand pragmatisme – ainsi que par l'ensemble du système de financement et de contrôle» (300). C'est en les énumérant que le législateur a établi quelles institutions pouvaient délivrer des diplômes assortis d'effets légaux et bénéficier du droit au subventionnement (301). La législation relative aux universités s'est ainsi développée à l'extérieur du cadre légal des autres niveaux d'enseignement.

De leur côté, les ancêtres des hautes écoles et des écoles supérieures des arts ont vécu pendant longtemps dans le même cadre légal que l'enseignement obligatoire. Comme le relève Anne Van Haecht, les établissements du supérieur non universitaire se sont ouverts «au gré d'efforts décentralisés et ce n'est qu'assez tardivement qu'on a tenté de les inscrire dans un cadre unifié» (302).

A cet égard, la loi du 7 juillet 1970 demeure l'étape la plus importante dans la construction d'une cohérence de l'enseignement supérieur (303). Elle établit quatre niveaux dans l'organisation de l'enseignement : préscolaire,

(299) C.E., arrêt *T. c. Communauté française*, n° 91.625, du 13 décembre 2000.

(300) D. DÉOM, «Paradoxes du régime juridique des universités», *A.P.T.*, 1982, p. 44.

(301) Pour une synthèse des étapes de la construction du système du financement des universités, voy. B. BAYENET et O. BOSTEELS, *Le financement des universités en Belgique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1998, pp. 32-47.

(302) A. VAN HAECHT, «Pourquoi et comment l'enseignement supérieur s'est-il construit sur un mode binaire en Belgique», in *Universités, hautes écoles : quelles synergies?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 71.

(303) Loi du 7 juillet 1970 relative à la structure générale de l'enseignement supérieur.

primaire, secondaire et supérieur. Parmi ses nombreuses nouveautés, elle fixe, en ce qui concerne l'enseignement supérieur, l'existence des catégories qui seront reprises 25 ans plus tard par le législateur décréteur (304). En outre, pour le non universitaire, la loi introduisait la distinction entre l'enseignement de type court, dispensé en un cycle, et l'enseignement de type long «de niveau universitaire» comprenant un second cycle. Plus récemment, en Communauté française, le décret dit «Bologne» (305) a prolongé cet effort de cohérence du droit l'enseignement supérieur en définissant des objectifs, des concepts et des règles communs aux quatre types d'établissements d'enseignement supérieur (306). Par touches successives, le législateur a ainsi extrait presque entièrement l'enseignement supérieur non universitaire des dispositions qu'ils partageaient avec l'enseignement obligatoire (307) pour l'inclure dans un cadre commun avec les universités ou dans des législations autonomes.

Cette sécession du droit de l'enseignement supérieur n'est pas la seule raison qui justifie que nous l'abordons séparément de l'enseignement obligatoire.

Tout d'abord, comme nous l'avons mentionné plus haut (308), l'article 24 de la Constitution a été taillé sur mesure pour l'enseignement obligatoire. Si la révision de cet article avait pour but de constitutionnaliser les principes fondamentaux du Pacte scolaire, le constituant en a profité pour rendre applicables certaines de ses dispositions à l'enseignement supérieur. Lorsque l'on observe l'article 24 par le prisme de l'enseignement supérieur, on peut distinguer trois types de règles. Il y a, d'abord, des exigences qui ne concernent pas ce niveau d'enseignement. Au-delà de l'obligation scolaire, la Constitution n'a pas imposé le principe de la gratuité de l'accès à l'enseignement et le choix, dans les établissements officiels, entre le cours

(304) Voy. l'art. 12 du décret du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en Hautes Ecoles (ci-après décret «Hautes écoles»). Deux différences sont toutefois à relever. D'une part, dans la loi de 1970, l'enseignement universitaire était l'une des huit catégories de l'enseignement supérieur. D'autre part, le décret «Hautes écoles», a ajouté la catégorie «de traduction et interprétation». A noter cependant que cette dernière catégorie est en cours d'intégration à l'enseignement universitaire (décret du 13 décembre 2007 intégrant l'Ecole d'interprètes internationaux de la Haute école de la Communauté française du Hainaut à l'Université de Mons-Hainaut et modifiant les habilitations universitaires).

(305) Décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, ci-après décret «Bologne».

(306) A l'heure où nous écrivons ces lignes, les instituts supérieurs d'architecture font encore l'objet d'une législation spécifique. Néanmoins, nous laissons à l'historien du droit le soin d'aborder les aspects particuliers de ces établissements. En effet, dès la rentrée 2010-2011, ces instituts seront intégrés aux universités (décret du 30 avril 2009 organisant le transfert de l'enseignement supérieur de l'architecture à l'université).

(307) A l'heure actuelle, les droits d'inscription et les bâtiments sont les principaux aspects de l'enseignement supérieur non universitaire que le législateur a laissé dans des dispositions communes avec l'enseignement fondamental et secondaire.

(308) Voy. n° 9.

d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle. Ensuite, il apparaît que le constituant a étendu le champ d'application du principe d'égalité aux établissements d'enseignement supérieur, à leur personnel ainsi qu'aux étudiants. Il a également reconnu aux étudiants le bénéfique droit à l'enseignement. Enfin, le Constituant a, en recourant à des formules génériques mais peut-être sans s'en rendre compte, élargi le champ d'application du libre choix et du principe de neutralité à l'enseignement supérieur. Ces aménagements des principes constitutionnels déduits de l'article 24 auront des conséquences sur la portée de ceux-ci au sein de l'enseignement supérieur.

Ensuite, le contenu du droit international applicable à l'enseignement supérieur est bien plus ténu que celui qui régit l'enseignement obligatoire. Parmi les instruments internationaux, seuls deux textes contiennent des dispositions spécifiques à l'enseignement supérieur. D'une part, l'article 13, 2, c), du PIDESC postule : «L'enseignement supérieur doit être rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité». D'autre part, l'article 28, 1, c), de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 fait écho à son aîné en assignant aux Etats parties l'obligation d'assurer «à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés». Les textes européens investissent néanmoins l'enseignement supérieur. La Cour européenne des droits de l'homme a étendu le bénéfique de l'article 2 du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme aux étudiants. Le droit à l'enseignement qu'il consacre ne semble cependant pas avoir une portée différente de l'article 24, §3, de la Constitution. Le droit de l'Union européenne, pour sa part, a fait une entrée remarquée, en particulier en Communauté française, en raison de la liberté de circulation qu'il garantit aux étudiants.

Enfin, si on analyse les normes adoptées depuis le milieu des années nonante, les enjeux liés à l'enseignement supérieur et l'idéologie qui préside à ses mutations sont distincts de ce qui a inspiré les réformes de l'enseignement obligatoire. Certes, à l'instar de ce qui se passe dans les écoles, le principe d'égalité y occupe une place de plus en plus importante. Mais on assiste également à la montée en puissance de logiques issues d'une volonté de permettre à ce niveau d'enseignement d'affronter la concurrence internationale. Ces tendances ont inspiré plusieurs réformes récentes. Contrairement à l'enseignement obligatoire, la longue marche vers l'égalité n'est pas l'unique responsable des limitations apportées à la liberté organisationnelle.

64. L'enseignement supérieur est une matière complexe en raison d'un double pluralisme. A côté de la multiplicité des réseaux, l'enseignement supérieur connaît plusieurs types d'établissements régis, en partie, par des

législations autonomes : les universités, les hautes écoles et les écoles supérieures des arts. Dans les lignes qui suivent, nous tenterons, autant que faire se peut, de refléter cette réalité. Néanmoins, pour des raisons de lisibilité, nous aborderons plus succinctement les règles qui concernent les écoles supérieures des arts, la plupart des dispositions relatives à celles-ci étant similaires à celles qui concernent les hautes écoles.

Pour mettre plus facilement en lumière les similitudes et les divergences entre enseignement obligatoire et enseignement supérieur, nous avons fait le choix de subdiviser de la même manière ce chapitre. Nous commencerons ainsi par aborder le droit à l'enseignement (1) pour ensuite évaluer la portée du principe du libre choix dans l'enseignement supérieur (2). Puis, nous nous interrogerons sur ce qu'il reste de la liberté organisationnelle (3). Enfin, nous consacrerons de brefs développements à la liberté académique, spécificité de l'enseignement supérieur (4).

1. – *Le droit à l'enseignement*

65. Au-delà de 18 ans, le droit à l'enseignement n'est assorti d'aucune obligation de fréquentation d'un établissement. Cela ne signifie toutefois pas que l'enseignement supérieur soit une zone de non-droit. Le législateur et le juge ont ainsi déduit de l'article 24, §3, de la Constitution un droit à l'accès aux études supérieures. Celui-ci n'est pas absolu : il peut être restreint par des barrières académiques (a) ou financières (b). La minorité de jeunes qui franchissent les portes de l'enseignement supérieur pourra y apprécier la montée en puissance du principe d'égalité (c). L'exigence d'égalité entre étudiants n'est pas enfermée dans les étroites frontières des communautés. Elle s'étend aux étudiants étrangers européens pour leur permettre de jouir de l'ensemble des droits déduits du droit à l'enseignement. Lorsque le droit à l'enseignement vise ces étudiants, il quitte l'habit de l'égalité pour emprunter celui de la liberté (d). Outre la protection juridictionnelle de ces droits (f), le législateur a mis en place des mécanismes afin de permettre à leurs bénéficiaires, les étudiants, de les défendre (e).

a) *L'accès aux études*

66. Contrairement à la situation de bien d'autres pays européens, l'enseignement supérieur belge connaît un système de libre accès, sans concours ni examen à l'entrée, dont les portes s'ouvrent aux bénéficiaires du C.E.S.S., quelle que soit la filière suivie dans l'enseignement secondaire (309).

(309) X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, p. 263.

Si le libre accès est la règle, l'inscription à certaines filières est toutefois conditionnée par la réussite d'une épreuve supplémentaire. Des deux côtés de la frontière linguistique, l'enseignement supérieur artistique (310) et les cursus de médecine et de dentisterie connaissent une barrière à l'accès (311). Contrairement à la Flandre, la Communauté française a en outre maintenu l'examen spécial d'admission aux études de sciences de l'ingénieur (312).

Les juges ont progressivement dégagé les conditions pour que ces exceptions au libre accès soient compatibles avec le droit à l'enseignement. Pour être admissible, une limitation à l'accès doit satisfaire à trois critères : elle doit respecter le principe d'égalité, elle nécessite une justification suffisante et elle ne peut constituer un recul au regard de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13 du PIDESC.

67. Selon une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle affirme que «le droit à l'enseignement garanti par l'article 24, §3, de la Constitution ne fait pas obstacle à une réglementation de l'accès à l'enseignement, en particulier de l'enseignement dispensé au-delà du temps de scolarité obligatoire, en fonction des besoins et des possibilités de la communauté et de l'individu. L'article 2 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – lu conjointement ou non avec l'article 2 de ce Pacte – n'empêchent pas non plus, si on les combine avec l'article 24 de la Constitution, que l'accès à l'enseignement supérieur soit soumis à des conditions relatives à la capacité des candidats étudiants, pour autant que le principe d'égalité soit respecté à cette occasion» (313). L'égalité de traitement suppose donc que la limitation à l'accès soit la même pour tout le monde.

Se prononçant sur un avant-projet qui instaure un examen d'entrée aux études de médecine vétérinaire (314), la section de législation du Conseil d'Etat a appliqué cette jurisprudence constitutionnelle pour conclure que «l'instauration d'une épreuve dont la réussite conditionne l'inscription à des études de premier cycle ne semble pas violer les règles d'égalité et de non-

(310) Art. 25 du décret du 17 mai 1999 relatif à l'enseignement supérieur artistique; art. 68 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(311) Art. 49, 2 et 79bis à 79octies du décret «Bologne»; art. 68 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(312) Art. 50 du décret «Bologne».

(313) C.C., arrêt n° 32/97, du 27 mai 1997, B.4.2.; arrêt n° 47/97, du 14 juillet 1997, B.3.2.; arrêt n° 35/98, du 1^{er} avril 1998, B.4.2. et arrêt n° 107/2004, du 16 juin 2004, B.7.2.

(314) Décret du 8 mai 2003 modifiant les conditions d'accès aux études en sciences vétérinaires dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques et la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

discrimination. En effet, la règle s'appliquerait de manière non discriminatoire à tous les étudiants désirant s'inscrire à un premier cycle d'études, comme c'est déjà le cas en sciences appliquées par exemple» (315).

68. A propos du critère de la justification suffisante d'une barrière à l'entrée, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il était légitime de conserver un filtre pour l'accès des études artistiques. Saisie par des étudiants inquiets de la disparition supposée de la sélection à l'entrée des études artistiques, elle s'exprime en ces termes : «Il apparaît des pièces du dossier que l'école de La Cambre est un établissement d'enseignement qui a une spécificité, en ce qu'elle développe la création artistique en pratiquant une pédagogie favorisant par priorité au sein de petits groupes la relation maître-étudiant, ce qui lui donne un rayonnement international. Un accroissement brutal du nombre d'étudiants à la suite de l'abandon de toute sélection qualitative préalable à l'admission ne paraît pas compatible avec la spécificité de l'école et risque de mettre sa méthode pédagogique en péril. Il n'apparaît pas que le législateur décréteil ait nié cette spécificité ou ait entendu y mettre fin» (316).

En revanche, on peut se demander si ce critère est rencontré par l'examen d'entrée pour les études de sciences de l'ingénieur. A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a demandé au législateur «de justifier pourquoi seuls les étudiants qui veulent s'inscrire à des études de premier cycle du domaine des sciences de l'ingénieur doivent justifier de la réussite d'un examen spécial d'admission» (317). A notre connaissance, le législateur francophone n'a jamais pris la peine d'exposer les raisons qui justifient le maintien de cet examen.

69. C'est lors de la problématique du célèbre *numerus clausus* en médecine et dentisterie qu'il a été procédé à un examen de conformité de la législation de la Communauté française à l'effet de *standstill* déduit de l'article 13 du PIDESC. Les articles 169 et 170 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales ont introduit le principe d'une limitation du nombre de numéros INAMI délivrés chaque année. Ces derniers sont indispensables pour pratiquer la médecine curative en Belgique. Le contingentement fédéral de l'offre médicale exigeait des communautés qu'elles adoptent des mécanismes pour éviter que le nombre de diplômés dépasse les quotas établis par la commission de planification. La Flandre a opté pour un examen d'entrée. Après avoir placé la sélection à la fin du premier

(315) Avis n° 34.628/2, du 19 février 2003, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 394-1, pp. 8-9.

(316) C.C., arrêt n° 62/98, du 4 juin 1998, B.12.

(317) Voy. not. avis n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498-1, p. 120.

cycle (318) puis à la fin des sept années d'études (319), la Communauté française a mis en place un concours au terme de la première année (320).

Dans son avis sur l'avant-projet, le Conseil d'Etat s'interroge sur le respect de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13 du PIDESC. Au regard de l'exposé des motifs qui rappelle que le contingentement fédéral de l'offre médicale demeure d'application et que le nombre d'étudiants en médecine a fortement augmenté, le Haut Conseil estime que «La mesure en projet constitue en ce sens une amélioration par rapport au système actuel» (321).

En outre, le Conseil d'Etat compare la mesure en projet et la sélection en vigueur en Flandre : «Le système du *numerus clausus* applicable en Communauté française ne sélectionne pas exclusivement les étudiants en fonction de leurs capacités, à la différence d'un examen capacitaire : l'étudiant doit non seulement réussir les épreuves, mais encore se classer en ordre utile» (322). Au regard du principe du *standstill*, «il appartient toutefois au législateur d'apprécier tant pour des considérations financières que dans l'intérêt des étudiants, s'il n'est pas préférable d'effectuer la sélection des étudiants dès le début de leur cursus universitaire en instaurant un examen d'entrée, comme cela se pratique en Communauté flamande, plutôt que de sélectionner les étudiants après une année d'étude comme le prévoit l'avant-projet examiné» (323).

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a pris le relais en appréciant le concours au terme de la première année à la lumière de l'effet de *standstill*. Plusieurs étudiants de l'Université de Liège avaient contesté la décision du jury de la première année de bachelier en médecine de ne pas puiser dans le quota des attestations de l'année 2008-2009 pour permettre à des étudiants de l'année 2007-2008, qui remplissent les conditions de réussite, d'accéder à la deuxième année (324). Suspens de la décision du jury, le Conseil d'Etat jugea que «la question est de savoir si le sys-

(318) Décret du 14 juillet 1997 portant diverses mesures en matière d'enseignement universitaire.

(319) Décret du 27 février 2003 modifiant les dispositions relatives aux études du secteur des sciences de la santé dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques et dans la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

(320) Décret du 21 juin 2005 relatif aux études de médecine et de dentisterie.

(321) Avis n° 38.444/2 du 26 mai 2005, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2004-2005, n° 117-1, pp. 33-34. A noter que le Conseil d'Etat n'avait pas jugé que la sélection au terme de la 7^e année était un recul par rapport à la sélection au terme du 1^{er} cycle (avis n° 34.393/2 du 19 décembre 2002, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 361-1, p. 12).

(322) Avis n° 38.444/2 du 26 mai 2005, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2004-2005, n° 117-1, p. 32.

(323) Avis n° 38.444/2 du 26 mai 2005, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2004-2005, n° 117-1, p. 32.

(324) Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 22 juillet 2008 fixant le nombre global d'attestations d'accès à la seconde partie des études de premier cycle en médecine pour les années 2007-2008 à 2011-2012.

tème instauré permet une sélection sur la base de critères pertinents au regard du programme des études de médecine; que c'est la première fois qu'un système de sélection empêche un étudiant en médecine ayant réussi la première année d'étude de bachelier d'accéder à l'année suivante alors qu'une obligation de *standstill* découle de l'article 13 du [PIDESC] et que le système instauré par le décret du 1^{er} juillet 2005, qui a modifié le décret susvisé du 31 mars 2004, réduit sensiblement le niveau de protection des droits reconnus par le Pacte» (325). Le Conseil d'Etat confirma cette position dans un arrêt ultérieur posant cette fois des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle quant à la validité du système de *numerus clausus* (326). Toutefois, on ne connaîtra pas la position du juge constitutionnel sur cette jurisprudence quelque peu novatrice du Conseil d'Etat (327). S'inquiétant de l'insécurité provoquée par l'ébranlement des fondements juridiques de son système de sélection, le législateur décida de geler le système de limitation à l'accès de la deuxième année des études de médecine et de dentisterie (328), avec pour conséquence le renvoi des affaires à la juridiction *a quo* (329).

D'aucuns ont pu s'étonner de l'application du principe de *standstill* à une obligation négative des pouvoirs publics. Le droit à l'enseignement impose, en principe, à la Communauté de s'abstenir de dresser des barrières académiques à l'accès aux études. Il est vrai qu'un effet de *standstill* est habituellement reconnu aux seuls obligations positives en matière d'enseignement, notamment l'instauration progressive de la gratuité (330). A côté de cette controverse, il semblerait qu'en la matière, les arrêts du Conseil d'Etat témoignent d'une conception absolue de l'obligation de *standstill*. Celle-ci semble en effet être interprétée comme interdisant tout recul. A moins qu'il ne s'agisse que d'une jurisprudence de circonstance, ces arrêts du Conseil d'Etat aboutissent à dresser de sérieuses barrières «à toute ten-

(325) C.E., arrêt *Stifkens*, n° 185.694, du 13 août 2008.

(326) C.E., arrêt *Wiert*, n° 186.851, du 2 octobre 2008.

(327) La Haute juridiction administrative avait autrefois estimé «inexact d'affirmer qu'un étudiant ayant réussi la première année des études de médecine se verrait empêché de poursuivre ces études; qu'en effet, selon l'article 79^{quater}, alinéa 9, du décret du 31 mars 2004, c'est l'attribution de l'attestation qui sanctionne la réussite de l'année d'études, de sorte que l'étudiant qui n'a pas obtenu cette attestation ne peut être considéré, au sens du décret, comme ayant réussi la première année des études de médecine». Elle avait ainsi refusé de reconnaître à l'endroit de ces dispositions décrétales une possible violation de l'obligation de *standstill*. Voy. not. C.E., arrêt *Cambier*, n° 173.796, du 31 juillet 2007.

(328) Décret du 21 décembre 2008 relatif à la situation des étudiants en médecine et en dentisterie. Cette mesure a été étendue aux années 2008-2009 et 2009-2010 par le décret du 26 mars 2009 relatif à la situation des étudiants en médecine et en dentisterie.

(329) C.C., arrêt n° 57/2009, du 19 mars 2009.

(330) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux...*, op. cit., pp. 107, 108 et 255. Il apparaît d'ailleurs que la section de législation du Conseil d'Etat s'est appuyée sur la jurisprudence constitutionnelle en matière de gratuité pour justifier son utilisation du principe de *standstill*.

tative d'une Communauté à réguler le nombre des étudiants dans les différentes filières d'études» (331). Cette lecture du principe de *standstill* tranche avec la conception relative qui se déduit de la jurisprudence constitutionnelle notamment en matière de gratuité de l'enseignement supérieur (332). La relativité sous l'angle duquel le respect de l'obligation de *standstill* est habituellement apprécié autorise un recul pour autant que celui-ci soit justifié par le législateur au regard de certains éléments (333).

b) *La gratuité*

70. L'accès à l'enseignement supérieur ne se limite pas à la question de la sélection académique. Le coût des études est en effet un élément déterminant du droit à l'enseignement. Le constituant n'a toutefois pas emprunté la voie de la gratuité. Il a «lié la gratuité de l'enseignement à son caractère obligatoire» (334). C'est à nouveau vers le PIDESC qu'il faut nous tourner pour trouver une disposition supra-légale s'appliquant à cette question. Le Pacte pose le respect du principe de gratuité progressive comme un des moyens devant permettre de rendre l'enseignement supérieur accessible à tous.

71. La Cour s'est de longue date forgée une jurisprudence quant à cette disposition.

«L'article 13.2., *littera c*), du Pacte n'a (...) pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur. Cette disposition s'oppose toutefois à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du Pacte à son égard – le 6 juillet 1983 –, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif d'une instauration progressive de l'égalité d'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, compte tenu de la situation des finances publiques.

Il conviendra dès lors de comparer la situation en matière de droits d'inscription résultant du décret entrepris avec celle existant le 6 juillet 1983, date à partir de laquelle le Pacte a acquis valeur obligatoire à l'égard de la Belgique» (335).

L'obligation de *standstill* en la matière n'est pas absolue (336) :

«Le relèvement de 1.500 à 2.000 francs du droit d'inscription pour les étudiants boursiers constitue une adaptation raisonnable du montant du droit d'inscription à l'évolution du produit national.

(331) L. DETROUX, «Les principes du financement de l'enseignement supérieur en Communauté française», *Bulletin de documentation du S.P.F. Finances*, 2009, n° 4, p. 153.

(332) Voy. n° 71.

(333) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pp. 404-429.

(334) C.C., arrêt n° 40/94, du 19 mai 1994, B.2.8. Voy. *supra*, n° 18.

(335) C.C., arrêt n° 33/92, du 7 mai 1992, B.4.3.

(336) Voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux...*, *op. cit.*, pp. 95-100.

Pour les autres étudiants, le niveau du droit minimal d'inscription a été fixé à 21.000 francs. La modification qui s'est produite par rapport à 1983 n'augmente pas pour eux, de manière suffisamment significative (...) les parts du pouvoir d'achat et du revenu moyen consacrées aux charges de l'enseignement, ces deux données ayant par ailleurs évolué à la hausse depuis 1983» (337).

Par ailleurs, le juge constitutionnel a estimé que l'augmentation du montant maximal du minerval «ne peut être vu(e) comme un obstacle grave et considérable à l'accès à l'enseignement concerné, compte tenu notamment de la circonstance que les dérogations qui existent en faveur des étudiants boursiers et quasi-boursiers sont maintenues sans restriction» (338).

Ces différents arrêts relativisent la portée l'obligation de *standstill*. Celle-ci est tempérée par la prise en compte d'un faisceau d'éléments : l'état des finances publiques, l'évolution du coût de la vie et l'existence d'un système de réduction du minerval lié au bénéfice d'une allocation d'étude. On soulignera que la jurisprudence du Conseil d'Etat est plus sourcilieuse quant au respect de cette obligation (339). En témoigne, les nettes réserves qu'il a exprimées à l'égard d'une augmentation jugée importante des droits d'inscription du jury de l'enseignement supérieur (340).

72. Il faut ajouter que, selon la Cour constitutionnelle, à l'instar du principe de gratuité dans l'enseignement secondaire (341), l'article 13 du PIDESC porte exclusivement sur l'accès à l'enseignement supérieur. La Haute juridiction a eu l'occasion de confirmer cette interprétation restrictive dans deux arrêts récents relatifs à la nouvelle réglementation des droits et frais perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire.

Adoptés en réponse à un jugement du tribunal de Namur qui avait déclaré irrégulière la perception de droits d'inscription complémentaires dans l'enseignement supérieur non universitaire (342), les décrets des 20 juillet 2005 et 2006 (343) consacrent ces droits tout en en programmant leur extinction progressive et instaurent un plafond pour les frais appréciés au coût réel afférents aux biens et services fournis aux étu-

(337) C.C., arrêt n° 33/92, du 7 mai 1992, B.6.2.

(338) C.C., arrêt n° 105/2008, du 17 juillet 2008, B.8.5.

(339) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux...*, op. cit., p. 100.

(340) Avis n° 25.837/2 du 12 décembre 1996 sur l'avant-projet devenu décret du 4 février 1997 modifiant la législation dans le domaine de l'enseignement, réformant l'organisation et le financement de l'enseignement supérieur, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1996-1997, n° 136-1, p. 10.

(341) Voy. *supra*, n° 19.

(342) Civ. Namur (2^e chambre bis), 10 février 2005, *Journ. proc.*, mars 2005, n° 498, pp. 26-31; *J.L.M.B.*, 2006/13, pp. 549-564, obs. C. BROCAL, «Droits complémentaires et frais administratifs à la lumière de la liberté d'enseignement».

(343) Respectivement décret relatif aux droits complémentaires perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire et décret relatif aux droits et frais perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire.

dians (344). Estimant ces décrets contraires à l'article 13 du PIDESC, la Fédération des étudiant(e)s francophones (FEF) déposa un recours en annulation contre chacun d'eux.

Dans son arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, la Cour examine les mesures querellées en distinguant les droits d'inscription complémentaires des frais pouvant être perçus (345).

Elle évalue la régularité des premiers en prenant en compte les éléments qui permettent de déroger à l'obligation de *standstill*. Le juge saisit l'occasion pour importer dans l'enseignement la possibilité de justifier un recul par des motifs liés à l'intérêt général (346). Il estime, d'une part, que l'absence de la mesure entreprise pourrait menacer la survie des établissements et, d'autre part, qu'il existe des garanties, notamment la suppression progressive de ces droits, qui permettent d'éviter que la mesure ait des effets disproportionnés. Il est malaisé de comprendre pourquoi, avant d'examiner si le recul au regard de l'article 13 du PIDESC était justifié, la Cour ne s'est pas au préalable interrogée sur l'existence d'un tel recul. Cela semble contredire la jurisprudence antérieure de la Cour. En effet, celle-ci avait considéré que l'article 12, §2, alinéa 3, de la loi du Pacte scolaire n'avait pas pour objet d'habiliter le Gouvernement ou les établissements à prélever des droits complémentaires. Cette disposition se limitait à interdire le prélèvement de tels droits pour les étudiants boursiers (347). Ce faisant, la Cour reconnaissait, certes de manière implicite et peu certaine, qu'avant le décret de 2005, les hautes écoles subventionnées par la Communauté pouvaient, en s'appuyant sur leur liberté d'enseignement, exiger le paiement de tels droits (348).

En ce qui concerne les frais, la Cour dit pour droit que «les sommes dont le paiement peut être exigé en vertu de l'article 2, c), du décret attaqué représentent le coût des biens et services qu'il vise. Elles sont ainsi destinées à permettre aux établissements d'enseignement de couvrir des dépenses spécifiques qu'ils exposent pour les étudiants et ne concernent donc pas l'accès aux études supérieures» (349). Elle n'exa-

(344) Voy. l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 20 juillet 2006 fixant la liste des frais appréciés au coût réel afférents aux biens et services fournis aux étudiants qui ne sont pas considérés comme perception d'un droit complémentaire par les Hautes Ecoles, les Ecoles supérieures des Arts et les Instituts supérieurs d'Architecture.

(345) M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, op. cit., pp. 71 et 72; S. VAN GEETERUYEN, «Inschrijvingsgelden in het hoger onderwijs: 'standstill' of nieuwe wending in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof? Een eerste analyse met oog voor beleidsmatige gevolgen», *T.O.R.B.*, 2007-2008, n° 3, pp. 200-202.

(346) Cette possibilité avait déjà été envisagée par la Cour à propos des droits déduits de l'article 23 de la Constitution. Voy. not. I. HACHEZ, «Lorsque Cour d'arbitrage et Standstill se rencontrent...», note sous C.A., n° 137/2006, 14 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 153.

(347) C.C., arrêt n° 44/98, du 22 avril 1998, B.4.

(348) Voy. X. DELGRANGE, «Les droits d'inscription complémentaires sont condamnés», *Journal du Juriste*, n° 40, mars 2005, p. 13.

(349) C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.5.2.

mine donc pas la régularité de cette mesure sous l'angle du principe de *standstill* puisque celui-ci porte sur la gratuité de l'accès à l'enseignement et non sur celle de l'enseignement. La position du juge constitutionnel rejoint celle du Conseil d'Etat : « Par définition, les frais appréciés au coût réel ne sont pas des droits complémentaires d'inscription » (350). En limitant la portée de l'obligation de *standstill* à l'accès, l'interprétation de l'obligation de la gratuité issue de l'article 13 du PIDESC rejoint celle que la Cour fait de l'article 24, §3 (351). Les étudiants concernés se consolent peut-être de la lecture du passage suivant de l'arrêt : « mettre ces établissements en graves difficultés financières pourrait être de nature à porter au droit à l'enseignement une atteinte bien plus grande que celle que l'article 1^{er} [du décret] porte au but d'assurer progressivement la gratuité de cet enseignement » (352). C'est donc au nom du droit à l'enseignement que le droit à l'enseignement est battu en brèche.

c) *L'égalité des étudiants*

73. Comme pour l'enseignement obligatoire, l'on observe une volonté de réaliser l'égalité par une uniformisation de diverses règles. Le Conseil d'Etat fait ce constat dans son avis sur l'avant-projet devenu le décret «Bologne». Les dispositions de ce décret ont entraîné une importante uniformisation de l'organisation des universités. Le législateur y a notamment fait preuve d'une grande précision dans la détermination des règles de composition et fonctionnement de jurys et d'un certain pointillisme dans l'organisation de l'évaluation des étudiants (353). La même remarque peut, *a fortiori*, être formulée à l'égard de plusieurs dispositions du décret flamand du 19 mars 2004 (354). En son article 2.6., ce décret proclame : « Les étudiants sont traités sur pied d'égalité ». Loin de se contenter de ce rappel du prescrit constitutionnel, il règle, dans le détail, la procédure en cas d'irrégularités lors d'une décision relative à la progression des études (355).

Il n'y a toutefois pas de dogme de l'uniformité. En effet, la Cour constitutionnelle admet que la législation laisse subsister des différences impor-

(350) Avis n° 38.656/2, du 5 juillet 2005, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2004-2005, n° 143-1, p. 24.

(351) Voy. C.C., arrêt n° 28/92, du 2 avril 1992, 6.B.5. Voy. *supra*, n° 19.

(352) C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.4.12.

(353) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 36.275/2 du 14 janvier 2004, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498-1, p. 113.

(354) Décret du 19 mars 2004 relatif au statut de l'étudiant, à la participation dans l'enseignement supérieur, l'intégration de certaines sections de l'enseignement supérieur de promotion sociale dans les instituts supérieurs et l'accompagnement de la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(355) Articles 2.13. à 2.44.

tantes entre les étudiants. Ainsi, se prononçant sur la législation relative aux droits et frais perçus, elle déclare :

« Dès lors que les coûts exposés par les établissements d'enseignement pour les biens et services fournis aux étudiants peuvent ne pas être uniformes compte tenu de ce que l'enseignement, les cours et le matériel pédagogique peuvent varier d'un établissement à l'autre, même pour des options identiques, leur prise en charge par ceux-ci peut varier de la même manière sans porter une atteinte discriminatoire aux droits des intéressés » (356).

74. Plus de vingt ans après que le constituant ait consacré l'égalité entre les étudiants, les contours de l'étendue de l'article 24, §4, demeurent flous. La Cour constitutionnelle donne à la première phrase de cette disposition (357) la même portée qu'aux articles 10 et 11 (358). Pour reprendre ses mots, « L'article 24, §4, de la Constitution réaffirme expressément, en matière d'enseignement, les principes d'égalité et de non-discrimination » (359). Lors de l'examen d'une violation alléguée de l'égalité entre les étudiants, elle prend ainsi comme normes de références tantôt l'article 24, §4 (360), tantôt les articles 10 et 11 (361).

75. Interpréter la seconde phrase de l'article 24, §4, de la Constitution (362), lorsqu'elle s'applique aux étudiants, pose davantage de difficultés. La jurisprudence des juridictions suprêmes oscille entre un dépassement de cette seconde phrase par le principe d'égalité et un écrasement de ce principe par la prise en compte des différences entre les réseaux.

Témoigne du premier courant l'arrêt n° 41/2003 où la Cour constitutionnelle dit pour droit :

« L'article 24, §4, de la Constitution, qui garantit l'égalité entre étudiants, serait violé si les commissions appréciaient différemment les mérites des étudiants selon la nature juridique de l'université au sein de laquelle elles fonctionnent » (363).

Prenant le contre-pied de cette interprétation, le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, estime : « Bien que l'égalité de traitement des étudiants constitue le principe, l'article 24, §4, de la Constitution permet un traitement différent fondé sur les caractéristiques, notamment pédagogiques, propres aux pouvoirs organisateurs de chaque université; qu'en l'espèce, (...) le législateur décretaal n'a pas entendu traiter tous les étu-

(356) C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.5.4. et arrêt n° 56/2008, du 19 mars 2008, B.11.3.1.

(357) « Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret ».

(358) X. DELGRANGE, « L'égalité dans l'enseignement... », *op. cit.*, p. 68.

(359) C.C., arrêt n° 30/96, du 15 mai 1996, B.2.3. et arrêt n° 42/96, du 2 juillet 1996, B.3.

(360) C.C., arrêt n° 41/2003, du 9 avril 2003.

(361) C.C., arrêt n° 12/2008, du 14 février 2008.

(362) « La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié ».

(363) C.C., arrêt n° 41/2003, du 9 avril 2003, B.3.2.

dians de la même manière selon qu'ils souhaitent accéder à des études de deuxième cycle dans une université libre ou dans une université de la Communauté française puisqu'il a, en la matière, confié de larges pouvoirs d'action et de décision 'aux autorités académiques' (364). Le Conseil d'Etat est cette fois rejoint par la Cour lorsque celle-ci, à propos de l'extension à l'ensemble des universités des mécanismes de participation étudiante en vigueur dans les universités de la Communauté, se positionne ainsi : «L'article 24, §4, de la Constitution, qui consacre le principe d'égalité et de non-discrimination en matière d'enseignement, ne saurait toutefois être invoqué pour justifier l'ingérence dans la liberté d'association. En effet, cette disposition impose au législateur décentralisé de tenir compte de différences objectives justifiant un traitement approprié, parmi lesquelles les caractéristiques propres de chaque pouvoir organisateur» (365).

En l'état actuel de la jurisprudence, il nous paraît donc hasardeux de proposer une interprétation aboutissant à attribuer une portée univoque à l'article 24, §4, de la Constitution lorsqu'il s'applique aux étudiants.

76. On ne peut s'interroger sur le principe d'égalité sans mentionner la situation des étudiants étrangers, du moins ceux qui ne sont pas ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne (366). Trois barrières supplémentaires à l'accès, pécuniaire, linguistique et liée au diplôme, concernent spécifiquement cette catégorie d'étudiants.

Dans les trois types d'enseignement supérieur, le législateur a prévu un droit d'inscription spécifique ou complémentaire, ainsi que des conditions d'exemption, pour les étrangers non européens (367). La Cour constitutionnelle a annulé une disposition de cette nature en se fondant sur les principes d'égalité et de non-discrimination. Tout en reconnaissant qu'une différence de traitement entre européens et étrangers extracommunautaires repose sur un critère objectif, la Cour s'est chargée «d'examiner en l'espèce, en matière d'accès à l'enseignement supérieur, si la mesure en cause est en rapport avec l'objectif poursuivi et si elle n'est pas disproportionnée par rapport à cet objectif» (368). Elle constate que la mesure s'applique notamment à des étudiants fréquentant des établissements tels que l'Ecole de la Cambre, qui «fondent la qualité de leur enseignement artistique, la spécificité de leur

(364) C.E., arrêt *Elorza de la Fuente*, n° 185.150, du 3 juillet 2008 et arrêt *Malam*, n° 197.198 du 22 octobre 2009.

(365) C.C., arrêt n° 48/2005, du 1^{er} mars 2005, B.13.

(366) Pour les étrangers européens, voy. *infra*, n°s 78-81.

(367) Pour l'enseignement supérieur non universitaire : art. 59 à 62 de la loi du 21 juin 1985 concernant l'enseignement et l'arrêté de l'Exécutif de la Communauté française portant exécution des art. 59, 60 et 61 de la loi du 21 juin 1985 concernant l'enseignement. Pour l'enseignement universitaire : art. 27, §4, de la loi du 27 juillet 1971 relatif au financement et au contrôle des institutions universitaires.

(368) C.C., arrêt n° 91/98, du 15 juillet 1998, B.6.2.

pédagogie et la valeur des diplômes qu'ils décernent, à la fois sur la sélection qualitative des étudiants qui y sont admis et sur la possibilité qui leur est donnée d'y côtoyer des artistes belges et étrangers» (369). La Cour conclut à la discrimination : «En prenant une mesure fondée manifestement sur un objectif budgétaire, sans qu'ait été examiné si cet objectif doit l'emporter sur toute autre considération à l'égard d'établissements qui ont la vocation spécifique (qui vient d'être rappelée), le législateur décrétoal, qui n'a manifesté à aucun moment la volonté de remettre en cause cette spécificité, a pris une mesure qui, compte tenu des effets qu'elle peut avoir à l'égard de ces établissements, n'est pas raisonnablement justifiée» (370). Sauf à enfermer la portée de ces motifs dans l'exception culturelle de l'enseignement artistique, cette jurisprudence pourrait hypothéquer l'avenir des droits d'inscription spécifiques. La promotion de la mobilité étudiante aura en effet pour conséquence de multiplier les cursus où étudiants belges et étrangers se côtoient.

On évoquera plus succinctement, les arrêts concernant les deux autres barrières. La Cour a validé l'examen de maîtrise de la langue française (371) pour les motifs suivants : «En disposant que les étudiants qui s'inscrivent dans une haute école doivent avoir une maîtrise suffisante de la langue française, le législateur décrétoal a veillé à ce que l'enseignement qui y est dispensé soit compris par chacun d'entre eux. En énumérant de quelle manière serait démontrée cette connaissance du français, il a pris une mesure adéquate pour atteindre l'objectif qu'il poursuit» (372). Un brevet de constitutionnalité a également été attribué au mécanisme d'équivalence de diplômes. «La décision des autorités universitaires d'admettre les porteurs d'un diplôme étranger à l'inscription pour une formation complémentaire, une formation de spécialisation ou de doctorat ne se conçoit pas sans un examen comparatif de l'organisation des études, du niveau des établissements étrangers qui délivrent les diplômes, des prestations exigées des titulaires de ces diplômes, du mode d'appréciation de ces prestations, de la valeur juridique qui est accordée aux diplômes dans le pays étranger et du renom de ces diplômes» (373).

(369) C.C., arrêt n° 91/98, précité, B.6.5.

(370) C.C., arrêt n° 91/98, précité, B.6.7.

(371) Pour l'inscription à un premier cycle, voy. l'art. 49, § 3, du décret «Bologne» et l'art. 25, § 6, du décret «Hautes Ecoles». Cette condition ne concerne pas le premier cycle dispensé dans les écoles supérieures des arts. A noter que la preuve de la maîtrise suffisante du français, si elle est le plus souvent exigée pour les étudiants étrangers, concerne tous ceux dont le diplôme de secondaire n'a pas été délivré en Communauté française ou ne sanctionne pas des études comprenant suffisamment d'enseignement en langue française. Dans la jurisprudence citée, il s'agissait d'un étudiant francophone qui avait fait ses études secondaires en Flandre.

(372) C.C., arrêt n° 48/98, du 22 avril 1998, B.4.

(373) C.C., arrêt n° 19/93, du 4 mars 1993, B.3.

d) *La liberté des étudiants*

77. La question du voile concerne également l'enseignement supérieur. Bien que le port de signes philosophiques et religieux soit proscrit dans certains établissements du supérieur, relevant pour la plupart de l'enseignement officiel subventionné (374), cela n'a jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'une contestation judiciaire ou administrative. Pour le surplus, nous renvoyons, *mutatis mutandis*, aux considérations que nous avons formulées à propos de l'interdiction du voile dans l'enseignement obligatoire (375). Le contexte juridique est le même si ce n'est que si le juge était saisi d'un recours contre une interdiction dans l'enseignement supérieur, il devrait appliquer un contrôle de proportionnalité plus sévère que dans l'enseignement obligatoire puisque cette mesure s'appliquerait à des majeures (376).

78. Même si c'est au prix d'un certain glissement de sens, l'on se permettra d'intégrer dans l'analyse de la liberté des étudiants les droits qu'ils tirent des libertés communautaires consacrées par le droit de l'Union européenne.

Au départ étranger au domaine d'action de l'Union européenne, l'enseignement supérieur y a été inclus au moyen d'une interprétation extensive de la notion de formation professionnelle (377). Par l'œuvre prétorienne de la Cour de justice de l'Union européenne, l'enseignement supérieur est entré dans le champ d'application de l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (l'ancien art. 12 du Traité instituant la Communauté européenne) qui interdit les discriminations fondées sur la nationalité (378). Plus tard, la Cour a élargi le fondement juridique de son intervention en la matière en s'appuyant sur les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union et à l'éducation, introduites par le Traité de Maastricht de

(374) Voy. not. l'art. 71 du règlement disciplinaire et des procédures de recours des Hautes écoles du Hainaut adopté par le conseil provincial le 26 juin 2007 : « Dans la Haute Ecole, les étudiants n'exhibent aucun signe distinctif porteur de valeurs à caractère xénophobe, philosophique ou religieux ». Ce règlement ne craint pas d'ignorer la législation pénale pour ériger la xénophobie au rang de valeur, même s'il lui intime immédiatement la discrétion. Voy. encore l'art. 67 du règlement disciplinaire de la Haute école de la ville de Liège pour l'année 2009-2010 : « Le port de tous signes spécifiques de convictions religieuses, philosophiques ou politiques ostentatoires est interdit, en particulier à l'occasion des activités d'intégration professionnelle ».

(375) Voy., *supra*, n° 23.

(376) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Dahlab c. Suisse*, du 15 février 2001 : « La Cour admet qu'il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé ».

(377) X. DELGRANGE ET L. DETROUX, *op. cit.*, pp. 256-257.

(378) C.J.U.E., arrêt *Gravier*, C-293/83, du 13 février 1985.

1992 (379) (380). Elle a ainsi établi «comme principe fondamental que l'accès à l'enseignement devait être ouvert par les Etats membres aux ressortissants des autres Etats membres sans discrimination» (381).

Le principe de libre circulation des étudiants pose une difficulté financière à la Communauté française. Plusieurs cursus de l'enseignement supérieur de cette dernière connaissent un franc succès chez les étudiants français qui les perçoivent comme un moyen de contourner la forte limitation à l'accès en vigueur dans leur pays d'origine. Cette situation menace la qualité de certaines études où le nombre d'étudiants excède les capacités des établissements. Dès lors, diverses barrières d'ordre financier et académique ont été mises en place pour limiter cette mobilité. Elles se sont, pour la plupart, heurtées au droit européen.

Ainsi, la Cour de justice a annulé, au nom du principe de liberté de circulation, les dispositions qui exigeaient des étudiants étrangers européens le paiement d'un minerval complémentaire dans les hautes écoles (382) et dans les universités (383). Se fondant sur cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle a à son tour censuré une disposition imposant la perception, dans les écoles d'art, d'un droit d'inscription complémentaire pour les étudiants européens (384).

Sur le terrain des barrières académiques à l'entrée, la Cour de justice a fait preuve de la même intransigeance. Ainsi, elle a annulé une disposition qui n'ouvrait les portes de l'enseignement supérieur francophone qu'à ceux dont le diplôme de fin d'études secondaires, non seulement était reconnu équivalent au C.E.S.S., mais en plus donnait accès, dans le pays où il avait été délivré, aux mêmes études que celles qu'ils entendaient suivre en Communauté française (385).

79. Souhaitant allier le respect du droit européen et une maîtrise du flux des étudiants étrangers dans certaines filières, la Communauté française a instauré un concours d'entrée, sans distinction de nationalité, pour l'accès aux études de sciences vétérinaires (386). Dans son avis sur l'avant-projet

(379) Il s'agit respectivement des art. 20 et 21 (anciens art. 17 et 18) et des art. 165 et 166 (anciens art. 149 et 150) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

(380) C.J.U.E., arrêt *Grzelczyk*, C-184/99, du 20 septembre 2001 et arrêt *Bidar*, C-209/03, du 15 mars 2005.

(381) X. DELGRANGE ET L. DETROUX, *op. cit.*, p. 261.

(382) C.J.U.E., arrêt *Gravier*, C-293/83, du 13 février 1985.

(383) C.J.U.E., arrêt *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, du 2 février 1988.

(384) C.C., arrêt n° 91/98, du 15 juillet 1998, B.5.1. à B.5.4.

(385) Il s'agissait de l'art. 1^{er}, b) de l'arrêté royal du 20 juillet 1971 déterminant les conditions et la procédure d'octroi de l'équivalence des diplômes et certificats d'études étrangers. C.J.U.E., arrêt *Commission c. Belgique*, C-65/03, du 1^{er} juillet 2004. Cette disposition s'applique toujours à l'égard des étudiants étrangers non européens.

(386) Décret du 8 mai 2003 modifiant les conditions d'accès aux études en sciences vétérinaires dans le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des

de décret, le Conseil d'Etat a estimé que la sélection mise en place n'était pas source de discriminations entre étudiants belges et étudiants étrangers européens (387).

Peu de temps après, la Cour de justice confirmera que la voie choisie par la Communauté était de nature à respecter l'article 18 du Traité. Ainsi, dans son arrêt *Commission contre Autriche*, la Cour de Luxembourg affirmera sous la forme d'une recommandation : « Une demande excessive d'accès à certaines formations peut trouver une solution dans l'adoption de mesures non discriminatoires spécifiques telles que la mise en place d'un examen d'entrée ou l'exigence d'un niveau minimal » (388).

80. Ce n'est pas en raison d'une violation du droit européen, mais plutôt des résultats désastreux au concours de la part des étudiants belges francophones que la Communauté française adopta le décret dit « non-résident » (389). Ce dernier impose un plafond de 30 % d'étudiants non-résidents dans la composition des cohortes de la première année de neuf cursus.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ces termes sur l'avant-projet : « Il convient de rappeler que la Cour de Justice considère, selon une jurisprudence constante, que le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations 'ostensibles' fondées sur la nationalité, mais aussi 'toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application, d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat'. De même, la Cour, lorsqu'elle se trouve confrontée à une discrimination 'indirecte', considère qu'une différence de traitement ne pourrait en tout état de cause être justifiée que 'si elle se fondait sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées' » (390). L'avis du Conseil d'Etat est loin d'être tranché. Il rappelle ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne permet des dérogations au principe de liberté de circulation. « Il appartient (...) au Gouvernement de la Communauté française, qui entend établir une restriction au principe fondamental de la libre circulation des étudiants, d'énoncer l'objectif légitimement poursuivi, d'établir le caractère objectif et raisonnable du critère de distinction retenu pour fonder la différence de traitement et de démontrer tant la nécessité que la proportionnalité de la mesure envisagée » (391).

Le décret a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt n° 12/2008, celle-ci rappelle dans les détails le

grades académiques et la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

(387) Avis n° 34.628/2, du 19 février 2003, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 394-1, p. 8.

(388) C.J.U.E., arrêt *Commission c. Autriche*, aff. 147/03, du 7 juillet 2005.

(389) Décret du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur.

(390) Avis n° 40.207/2 du 2 mai 2006, *Doc. P.C.F.*, sess. ord. 2005-2006, n° 263-1, p. 50.

(391) Avis n° 40.207/2 du 2 mai 2006, précité, p. 52.

droit primaire et la jurisprudence de la Cour de justice applicables en la matière. Après avoir évoqué les objectifs poursuivis par le législateur (392), la Cour constitutionnelle a jugé qu'elle devait poser trois questions préjudicielles à la Cour de justice sur l'interprétation des articles 18 et 21 du Traité. Les conclusions de l'Avocat général témoignent d'une lecture orthodoxe de la jurisprudence en matière de liberté de circulation (393) : à son estime, le décret viole le droit de l'Union européenne. Il serait indirectement (394) et directement (395) discriminatoire. Les différents motifs invoqués par la Communauté pour justifier une discrimination indirecte – à savoir la charge excessive pour les finances publiques, la diminution de la qualité de la formation et la qualité du système de santé publique – sont tous écartés par l'Avocat général. Ce dernier estime, en outre, que la jurisprudence de la Cour de justice n'admet pas de justification d'une discrimination directe. Enfin, l'Avocat général conclut, non sans angélisme : «Lorsque des facteurs linguistiques et des différences de politique nationale en matière d'accès à l'enseignement supérieur promeuvent un volume particulièrement élevé de mobilité estudiantine, qui cause de réelles difficultés à l'Etat membre d'accueil, il incombe certainement à l'Etat membre hôte et à l'Etat membre d'origine de négocier activement une solution qui soit conforme au traité» (396). La Cour de justice ne suit que partiellement l'Avocat général (397). Elle ne voit pas de discrimination directe dans le décret et, tout en retenant l'existence d'une discrimination indirecte, offre la possibilité à la Cour constitutionnelle de la justifier pour autant qu'elle se fonde sur l'objectif visant à maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous. La Cour de justice charge la juridiction *a quo* d'apprécier, sur la base de données «sérieuses convergentes et de nature probante» fournies par la Communauté française, l'existence d'un risque pour la protection de la santé publique ainsi que le caractère adéquat et proportionné des mesures entreprises. Cet arrêt ne rompt guère avec la

(392) «L'enseignement organisé en Communauté française est, pour l'essentiel, financé par les deniers publics qui sont limités et requièrent une discipline budgétaire stricte. Ces moyens ne sont à l'évidence pas destinés à remédier aux conséquences des choix politiques d'un grand pays voisin» (C.C., arrêt n° 12/2008, du 14 février 2008, B.12.1.).

(393) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, du 13 avril 2010 (concl. av. gén. présentées le 25 juin 2009).

(394) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, précité, cons. 60 à 63. Selon l'Avocat général, la condition de résidence principale risque de s'appliquer principalement au détriment des ressortissants d'autres Etats-membres.

(395) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. contre Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, précité, cons. 65. Selon l'Avocat général, il y a discrimination directe dans le fait de conditionner le statut de résident au droit de séjour permanent. Ce droit est, en effet, automatique pour les belges alors que les étrangers doivent satisfaire à certains critères.

(396) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. contre Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, précité, cons. 154.

(397) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, précité.

jurisprudence de la Cour de justice. A l'instar de l'Avocat général, la Cour rejette les motifs liés à la charge excessive pour les finances publiques et la qualité de l'enseignement sauf si une diminution de celle-ci porte atteinte à la qualité des soins de santé. La Cour de justice refuse, en outre, que l'accessibilité à l'enseignement déduite du PIDESC justifie ce type de mesures. Toutefois, la Cour semble mue par une volonté de sauver le décret «non-résident» mais uniquement en invoquant des considérations externes au droit de l'enseignement. A l'heure où nous écrivons ces lignes, la Cour constitutionnelle n'a pas rendu son arrêt.

81. La problématique soulevée par la libre circulation des étudiants se répercute sur l'ensemble des droits reconnus aux étudiants de l'enseignement supérieur. L'exposé des motifs du décret «non-résident» mettait en lumière les risques liés à une liberté de circulation absolue : «Sommes-nous dès lors condamnés, au nom d'un principe de libre circulation des étudiants, à abandonner notre système de libre accès, avec, pour principales victimes, les étudiants issus de notre enseignement secondaire qui se verront évincés des études supérieures de leur choix, ou au contraire à accepter un nombre sans cesse plus grand d'étudiants privés de cet enseignement dans leur pays d'origine, quitte à voir notre enseignement supérieur se déprécier parce qu'arrivé à saturation» (398)?

Cette approche semble se situer à l'opposé de celle de l'Avocat général :

«Il semble que le décret ait voulu préserver un accès illimité à l'enseignement supérieur pour les Belges, tout en rendant plus difficile l'accès au système d'enseignement supérieur de la Communauté française pour les étudiants étrangers (venant principalement de France) pour lesquels ce système constitue une alternative naturelle. Un tel objectif est clairement discriminatoire dans son essence et incompatible avec les objectifs du traité» (399).

e) *La participation des étudiants*

82. Les étudiants de l'enseignement supérieur jouissent d'un véritable droit à la participation. En Communauté française, celui-ci a été consacré, d'abord, au sein des hautes écoles (400), ensuite dans les autres types d'établissements supérieurs (401). Ces dispositions associent à la participation un certain nombre de droits dont l'accès aux documents nécessaire à l'exercice

(398) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2005-2006, n° 263-1, p. 10.

(399) C.J.U.E., arrêt *Nicolas Bressol e.a. contre Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08, précité, cons. 104.

(400) Art. 73 à 77 du décret «Hautes écoles».

(401) Art. 27 à 31 du décret du 20 décembre 2001 fixant les règles spécifiques à l'Enseignement supérieur artistique organisé en Ecoles supérieures des Arts, ci-après décret «Ecoles supérieures des arts»; art. 2 à 25 du décret du 12 juin 2003 définissant et organisant la participation des étudiants au sein des institutions universitaires et instaurant la participation des étudiants au niveau communautaire.

du mandat, le bénéfice de subventions à charge de l'établissement, la protection contre les sanctions pour les actes posés dans l'exercice du mandat et la présence garantie au sein de plusieurs organes consultatifs et délibératifs.

83. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle avait jugé valides les mécanismes de participation en vigueur en Flandre, car la présence imposée d'étudiants était à l'époque limitée à des organes qui n'ont qu'une compétence d'avis, le pouvoir de décision finale de la direction demeurant intact (402). Dans un second temps, elle a opéré un revirement en validant les dispositions du décret du 12 juin 2003 de la Communauté française fixant notamment à 20 % la présence d'étudiants, avec voix délibérative, dans les conseils d'administration. Elle estime l'ingérence dans la liberté des établissements admissible au motif que « la présence d'étudiants disposant d'une voix délibérative n'est pas imposée au sein de chaque pouvoir organisateur mais uniquement dans les 'organes constitués au sein de chaque institution universitaire', compétents pour prendre les décisions énumérées à l'article 9 du décret. A supposer que, dans certaines universités, telles qu'elles sont actuellement organisées, l'organe compétent pour prendre ces décisions se confonde avec l'organe par lequel s'exerce le pouvoir organisateur, il ne s'ensuit pas que les étudiants puissent participer aux décisions qui y sont prises relativement au caractère religieux ou philosophique de l'enseignement ou au projet pédagogique de l'établissement » (403).

La manière dont la Cour apprécie les objectifs des mesures attaquées est particulièrement intéressante : « Il ressort également des mêmes travaux préparatoires qu'il a été jugé nécessaire de renforcer la participation des étudiants à la gestion des universités. L'ingérence dans la liberté d'association vise donc en premier lieu à protéger les droits des étudiants. Le législateur décréta a pu estimer que cet objectif ne serait atteint que si un minimum de représentation des étudiants était garanti et si ceux-ci siégeaient avec voix délibérative. Une telle exigence est pertinente par rapport à l'objectif poursuivi (...) » (404). C'est donc en raison de l'objet du droit à la participation, à savoir protéger les droits dont nous tentons de tracer les contours dans ce chapitre, que celui-ci prévaut sur la liberté organisationnelle (405). Au regard de cet objectif, il y a néanmoins lieu de s'interroger,

(402) C.C., arrêt n° 85/95, du 14 décembre 1995, B.2.7.

(403) C.C., arrêt n° 48/2005, du 1^{er} mars 2005, B.15. Pour un commentaire plus détaillé de cet arrêt, voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, op. cit., pp. 41-46.

(404) C.C., arrêt n° 48/2005, précité, B.14.

(405) Si l'on suit ce raisonnement, il n'est pas certain que la Cour constitutionnelle validerait un éventuel renforcement de la participation des élèves dans l'enseignement secondaire étant donné la manière dont le législateur a, jusqu'à présent, motivé l'instauration de tels mécanismes. « Il ne peut y avoir d'autonomie sans participation de tous ceux qui sont concernés à la gestion de leur avenir commun. L'élaboration collective est une démarche de cohérence qui associe

comme le fit le Conseil d'Etat, sur la nécessité de prévoir une participation étudiante, avec voix délibérative, pour l'ensemble des matières prévues par le décret (406). A cet égard, les domaines où le législateur flamand a reconnu un droit à la participation semblent plus directement liés avec les droits des étudiants (407).

f) *La protection juridictionnelle*

84. Le principe d'égalité a été le moteur d'une évolution jurisprudentielle qui a permis à tous les étudiants de bénéficier d'une protection juridictionnelle équivalente, du moins pour certains actes, quelle que soit la nature juridique de l'établissement qu'ils fréquentent.

La Cour constitutionnelle a considéré qu'en matière de sanction des études, les étudiants du libre seraient discriminés s'ils ne pouvaient introduire de recours devant le Conseil d'Etat : «il est vrai que les étudiants d'une université libre peuvent s'adresser aux tribunaux de l'ordre judiciaire qui se sont parfois reconnus compétents pour exercer un contrôle de légalité sur des décisions prises par des autorités instituées dans des établissements de l'enseignement libre. Toutefois, de telles actions ne bénéficient pas d'une instruction inquisitoire et elles aboutissent à des décisions qui, à la différence des arrêts du Conseil d'Etat, n'ont qu'une autorité de chose jugée relative» (408). Concomitamment, la Cour de cassation a contré la tentative du Conseil d'Etat de se déclarer incompétent à l'égard de toutes les décisions prises par les établissements libres (409), si bien que celui-ci accueille désormais tous les recours relatifs aux décisions relatives à la poursuite des études. Toutefois, les autres décisions des établissements libres à l'égard des étudiants demeurent de la compétence exclusive des cours et tribunaux (410). Cette situation est regrettable, en particulier en matière d'admission des étudiants. Probablement davantage que dans l'enseignement obligatoire, l'accès aux établisse-

adultes et élèves dans des responsabilités liées à la mise en œuvre d'objectifs partagés. Elle vise à améliorer la qualité de l'enseignement par la transparence des conditions du travail scolaire et la volonté permanente du dialogue entre les élèves et les parents» (*Doc. P.C.F.*, sess. ord. 2003-2004, n° 498-1, avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, p. 113). Ce n'est donc pas dans un but de défense des droits des élèves, déduits du droit à l'enseignement, que ces mécanismes de participation sont conçus.

(406) Avis n° 33764/2, du 4 décembre 2002, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 406, p. 26.

(407) Voy. l'art. 2.57 du décret du 19 mars 2004 relatif au statut de l'étudiant, à la participation dans l'enseignement supérieur, l'intégration de certaines sections de l'enseignement supérieur de promotion sociale dans les instituts supérieurs et l'accompagnement de la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(408) C.C., arrêt n° 41/2003, du 9 avril 2003, B.7.

(409) Cass., 6 septembre 2002, RG C.01.0382.N.

(410) X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*, p. 41. Il arrive, peut-être par inadvertance, que le Conseil d'Etat se déclare compétent à l'égard de décisions prises par des établissements libres en matière d'inscription (C.E., arrêt *K.N. c. Institut supérieur d'enseignement infirmier, Ecole Léonard de Vinci*, n° 150.669, du 25 octobre 2005 et arrêt *B. c. la Commission de recours de la Haute Ecole Charleroi-Europe*, n° 163.679, du 17 octobre 2006).

ments supérieurs mériterait de bénéficier des garanties juridictionnelles qu'offre une procédure devant le Conseil d'Etat. En effet, l'octroi des équivalences, la valorisation des acquis et l'inscription d'étudiant non finançables sont autant de mécanismes qui devraient, vu leur importance en matière de droit à l'enseignement, être protégés de tout arbitraire.

Face à un contentieux important, le Conseil d'Etat a dû rappeler certains éléments qui relèvent du bon sens :

«Si le droit à l'enseignement implique en principe celui de présenter les examens, il ne comprend pas pour autant celui de les réussir lorsque l'opération de contrôle des acquis se révèle négative, ou encore lorsque – comme en l'espèce – l'étudiant ne se présente pas à l'examen» (411). «Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation de la valeur du travail d'un étudiant à celle qu'ont portée ses professeurs réunis au sein du jury d'examen, sauf à censurer une appréciation manifestement déraisonnable» (412).

2. – *Le libre choix*

85. Constitutionnellement, la Communauté a l'obligation positive de garantir le libre choix des parents. Le législateur et le juge ont rendu cette disposition plus généreuse en ajoutant les étudiants au rang de ses destinataires. Le droit à l'inscription dans l'établissement de son choix y est ainsi également consacré (a). Toutefois, la transposition du libre choix à l'enseignement supérieur n'est que partielle. Si la législation révèle un véritable souci d'assurer une offre d'enseignement des différents caractères, le choix à distance raisonnable de ce caractère a été reconnu de manière plus timide (b). Enfin, les aspects pédagogiques du libre choix ne semblent guère poser de difficulté, au point qu'on peut s'interroger sur leur existence (c).

a) *L'inscription dans l'établissement de son choix*

86. La législation de l'enseignement supérieur consacre, dans le chef des étudiants, y compris les étrangers (413), un véritable droit à l'inscription dans l'établissement de leur choix (414).

(411) C.E., arrêt *El Hajjioui*, n° 107.520, du 7 juin 2002.

(412) C.E., arrêt n° 110.769 du 30 septembre 2002.

(413) Voy. l'art. 27, §5, de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires. Pour le cas des étudiants étrangers non européens, le libre choix paraît néanmoins obéré par la faculté des autorités universitaires de refuser l'inscription d'un étudiant non-finançable et par les droits d'inscription spécifiques dont les montants varient d'une institution à l'autre.

(414) Voy. l'art. 26, §1^{er}, du décret «Hautes écoles»; l'art. 45, §1^{er}, du décret «Bologne»; l'art. 38, §1^{er}, du décret «Ecoles supérieures des arts» et l'art. 70 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

Contrairement à l'enseignement obligatoire, un refus d'inscription dans le supérieur ne peut être motivé par l'absence de place disponible (415). En revanche, un établissement d'enseignement supérieur peut refuser l'inscription de l'étudiant qui a fait l'objet d'une sanction disciplinaire ou de celui qui n'entre pas en compte pour le financement de l'établissement. La Cour constitutionnelle a reconnu la validité de ce motif de refus d'inscription. «L'article 13.2 c) [du PIDESC] porte que l'enseignement supérieur 'doit être rendu accessible [...] en fonction des capacités de chacun'. Il n'empêche donc pas que les articles 39 et 50 attaqués du décret prévoient des dispositions autorisant le refus d'inscription ou supprimant le financement de certains étudiants, notamment lorsque ceux-ci n'ont pas réussi à plusieurs reprises des épreuves universitaires ou lorsqu'ils ne satisfont pas aux critères spécifiques d'admission qui peuvent être fixés pour certaines études» (416).

87. Un refus d'inscription fondé sur d'autres motifs que ceux énumérés par le décret ne semble pas admissible (417). Il ne serait en effet pas conciliable avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : «En ce qu'elle habilite les autorités universitaires à refuser une inscription par décision motivée, la disposition attaquée n'est pas contraire à l'article 24, §5, de la Constitution. En effet, ces autorités ne pourront user de cette faculté qu'en faisant application de critères fixés par des dispositions législatives» (418). La Cour paraît avoir ainsi retiré toute possibilité pour les établissements, y compris libres subventionnés, de sélectionner leurs étudiants. Par l'entremise du principe de légalité, elle a dès lors fait primer le libre choix sur la liberté organisationnelle des établissements.

b) *Les convictions philosophiques et religieuses*

88. La Constitution a étendu à l'ensemble de l'enseignement supérieur, en ce compris l'enseignement universitaire, l'exigence de neutralité, alors que la loi du Pacte scolaire ne s'applique pas à ce dernier niveau d'enseignement (419). Les deux décrets relatifs à la neutralité (420) s'appliquent

(415) Voy., *supra*, n° 13.

(416) C.C., arrêt n° 35/98, du 1^{er} avril 1998, B.4.2.

(417) Voy. not. l'art. 2.2. du règlement des études et des examens de la Haute école libre mosane (2009-2010) : «La motivation du refus d'inscription peut être de type administratif, disciplinaire, pédagogique ou chronologique dans le cas des limitations d'inscriptions pour des raisons d'infrastructures ou du nombre limité des lieux de stages» et l'art. 11 du règlement des études de la Haute école Léonard de Vinci (2009-2010) : «L'inscription de l'étudiant peut aussi être refusée pour raison disciplinaire, pédagogique ou matérielle dans le cas de limitations d'inscriptions pour des raisons d'infrastructures et de sécurité».

(418) C.C., arrêt n° 11/96, du 8 février 1996, B.7.

(419) Voy. X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement...», *op. cit.*, p. 129.

(420) Décret du 31 mars 1994 définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté et décret du 17 décembre 2003 organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement.

également aux établissements d'enseignement supérieur de la Communauté et à ceux de l'officiel subventionné.

89. Outre la neutralité de l'enseignement officiel, le respect des convictions philosophiques et religieuses se traduit par l'obligation de la Communauté «de permettre aux étudiants de suivre les mêmes études dans un établissement qui correspond à leurs conceptions philosophiques ou religieuses ou dans un établissement neutre»(421). La Cour constitutionnelle a confirmé que cette exigence s'appliquait à l'enseignement supérieur (422). A cet égard, Luc Detroux relève qu'il n'existe qu'un nombre extrêmement limité de cursus organisés uniquement par l'enseignement universitaire libre ou par celui de la Communauté. Le législateur ne va toutefois pas jusqu'à garantir, à l'instar de l'enseignement obligatoire (423), le choix de l'enseignement correspondant à ses convictions philosophiques et religieuses à une distance raisonnable du lieu de résidence de l'étudiant.

Il n'est, en revanche, pas contestable que le souci de garantir le libre choix par une offre de proximité ait guidé le législateur décrétoal lors de l'élaboration des règles fondamentales de l'enseignement dispensé en haute école. Il s'agit d'un reliquat que ce type d'enseignement a conservé de la présence des dispositions qui l'organisent au sein du droit de l'enseignement obligatoire (424). Cela s'illustre en particulier dans les règles relatives à la création et au regroupement de hautes écoles (425). Le législateur décrétoal y a affirmé notamment que «la référence au réseau et au caractère est maintenue pour garantir une offre minimale d'enseignement par zone» (426). C'est cet objectif d'offre minimale qui avait inspiré le législateur lorsqu'il instaura l'interdiction des fusions entre hautes écoles de zones différentes (427) : «Pour garantir une offre d'enseignement de proximité et d'éviter ainsi, soit certaines désertifications régionales, soit des regroupements peu rationnels entre établissements séparés de plusieurs dizaines de

(421) L. DETROUX, «Les principes du financement...», *op. cit.*, p. 147.

(422) C.C., arrêt n° 44/2005, du 23 février 2005, B.17. et B.21.

(423) Voy. l'art. 4 de la loi du Pacte scolaire : «Le droit des parents de choisir le genre d'éducation de leurs enfants implique la possibilité de disposer à une distance raisonnable d'une école correspondant à leur choix».

(424) Voy., *supra*, n°s 27 et 63.

(425) Voy. not. l'art. 46, §1^{er}, du décret «Hautes écoles» : «Sans préjudice de l'article 3, §2, les Hautes Ecoles sont créées par zone par regroupement des établissements d'enseignement supérieur de type court et/ou de type long organisés ou subventionnés par la Communauté française situés dans une même zone et dispensant un enseignement supérieur à la date du 1^{er} janvier 1995. Par dérogation à l'alinéa premier, les Hautes Ecoles peuvent être créées par le regroupement d'établissements d'enseignement supérieur situés dans des zones différentes pour autant que ces établissements soient localisés à une distance d'au maximum vingt kilomètres».

(426) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. extr. 1995, n° 26-1, p. 5. Le législateur décrétoal faisait ici allusion à l'actuel art. 50 qui oblige les établissements de réseaux différents qui fusionnent à opter pour l'un des réseaux de ces établissements.

(427) Art. 61 du décret du 5 août 1995.

kilomètres, le regroupement des établissements d'enseignement supérieur doit s'effectuer à l'intérieur d'une zone qui correspond à une province» (428). Cette garantie n'est toutefois plus que théorique puisqu'une modification récente de cette règle autorise désormais les fusions entre hautes écoles de zones contiguës (429).

Si, au commencement de l'existence des hautes écoles, le législateur était davantage enclin à admettre une limitation de la liberté de fusionner pour garantir le libre choix, il semblerait que le mouvement ait tendance à s'inverser. A notre connaissance, les écoles supérieures des arts ne connaissent de disposition décrétable prenant en compte le principe de libre choix à distance raisonnable.

c) *Les options pédagogiques*

90. En comparaison à l'enseignement obligatoire, les aspects pédagogiques de l'enseignement supérieur ne sont réglés qu'à la marge par la législation (430). Le libre choix fondé sur des options pédagogiques nous semble ainsi toujours garanti. En l'absence de contentieux en la matière, il nous est impossible de déterminer si la Cour constitutionnelle lui donne une réelle portée ou si, à l'instar de l'enseignement obligatoire, elle le place en retrait par rapport au choix philosophique. Toujours est-il que pour assurer l'effectivité du choix portant sur les aspects pédagogiques, il faut assurer aux étudiants une orientation de qualité. C'est sur base de ce raisonnement que la Cour constitutionnelle a validé l'interdiction, pour un établissement d'enseignement supérieur, de faire de la publicité audio-visuelle : «Un message publicitaire en matière d'enseignement exige une présentation suffisamment détaillée du contenu des filières d'études proposées et de la méthode d'enseignement appliquée. Le législateur décrétable pouvait donc considérer que la radio et la télévision ne sont pas des médias appropriés pour faire de la publicité en faveur d'établissements de l'enseignement supérieur» (431). Suite à cet arrêt, on ne peut qu'éprouver une certaine impatience dans l'attente des prochains suppléments «enseignement» des grands quotidiens belges qui ne feront désormais place qu'à des publicités respectant ces canons.

(428) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. extr. 1995, n° 26-1, p. 5.

(429) Art. 2 du décret du 19 février 2009 portant diverses mesures, notamment en matière de statuts et de titres pour les membres des personnels de l'enseignement supérieur et créant des Conseils des étudiants au sein des Instituts supérieurs d'Architecture.

(430) *Voy.*, *infra*, n°s 50-55.

(431) C.C., arrêt n° 194/2009, du 26 novembre 2009, B.6.

3. – *La liberté organisationnelle*

91. Dans plusieurs arrêts, les juridictions suprêmes ont indiqué que les grands principes de la liberté organisationnelle s'appliquaient également à l'enseignement supérieur. D'un côté, les établissements de la Communauté sont des services publics organiques (432). Il en résulte que «le principe constitutionnel de la liberté d'enseignement ne concerne nullement la Communauté française en sa qualité de pouvoir organisateur; qu'aux termes de l'article 24 de la Constitution, celle-ci n'est en effet pas autorisée, mais au contraire tenue d'organiser un enseignement» (433). À l'inverse, les universités de droit privé «sont, en tant qu'établissements d'enseignement de niveau académique, des services publics fonctionnels, en d'autres termes des services organisés pour les besoins de tout ou partie de la population en vue d'assumer une mission d'intérêt général. Les deux catégories d'universités assument dès lors une mission d'intérêt général» (434).

Nous renvoyons dès lors, *mutatis mutandis*, à nos considérations générales sur l'organisation et le subventionnement de l'enseignement obligatoire par la Communauté (435).

92. Si le législateur francophone n'a pas estimé devoir créer un régime de reconnaissance, son homologue flamand s'est y appliqué.

Au sein du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre, le législateur opère clairement la distinction entre, d'une part, les universités et les instituts supérieurs organisés ou subventionnés, par ailleurs énumérés dans le décret, et, d'autre part, les institutions enregistrées. À ces dernières ne s'applique qu'une partie des dispositions qui régissent l'organisation des établissements subventionnés ou organisés.

Le législateur décrétoal a établi une procédure d'enregistrement afin de permettre aux institutions offrant un enseignement en Flandre qui le souhaitent de délivrer des diplômes assortis d'effets légaux. Le lien entre l'établissement et les pouvoirs publics étant essentiellement de nature pédagogique, l'enregistrement est conditionné par une décision favorable de l'organe d'accréditation (436).

93. L'article 24, §§1^{er} et 5, de la Constitution suppose que les établissements d'enseignement supérieur, qui ne sont ni subventionnés ni reconnus par la Communauté, jouissent d'une liberté absolue moyennant la répression des délits et le respect des libertés et droits fondamentaux. Cette disposition

(432) C.C., arrêt n° 69/96, du 28 novembre 1996, B.3.2.

(433) C.E., arrêt *Ville de Bruxelles*, n° 82.213, du 10 septembre 1999.

(434) C.C., arrêt n° 27/95, du 21 mars 1995, B.9.

(435) Voy. n° 35-37.

(436) Sur la notion d'accréditation, voy. n° 104.

n'a pas empêché le législateur décrétoal d'adopter des règles qui s'appliquent aux établissements privés (437). La volonté affichée est de protéger un enseignement supérieur de service public. Tout au long de ce chapitre, nous verrons que la liberté organisationnelle est limitée par des dispositions prises afin d'intégrer l'enseignement supérieur dans le marché mondial des services d'éducation. Cette évolution s'accompagne d'un certain mouvement de balancier. Pour éviter les dérives de l'internationalisation de l'enseignement supérieur, le législateur s'efforce d'encadrer davantage la liberté des établissements privés. Il entend ainsi rester maître des évolutions de l'enseignement supérieur. Si de telles entraves à l'enseignement privé semblent légitimes, elles doivent s'apprécier, sur le terrain de la validité, notamment à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'Etat : «L'égalité établie par la Constitution entre tous les établissements s'oppose à ce que la situation de ceux qui ne sont ni subsidiés ni reconnus, et qui sont ainsi déjà défavorisés, soit encore aggravée, en l'absence de toute considération relative à l'institution en cause, telle que la qualité ou l'utilité des études, par l'interdiction d'accueillir des étudiants étrangers dont les études sont la seule raison de venir en Belgique» (438). Récemment, le Président du Tribunal de première instance de Liège s'est prononcé en référé sur la même question (439). Constatant que l'étudiant étranger désireux de poursuivre ses études dans un établissement privé doit répondre à deux exigences qui ne sont pas imposées aux étudiants étrangers inscrits dans un établissement organisé, subventionné ou reconnu par la Communauté, le juge estime qu'il y a une discrimination justifiant qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle. A ce jour, la Cour constitutionnelle n'a pas apporté sa réponse. Celle-ci pourrait utilement compléter la jurisprudence concernant le régime de l'enseignement privé au regard des principes de liberté et d'égalité dans l'enseignement.

a) *Le droit d'ouvrir un établissement*

94. Le décret «Bologne» énumère limitativement les universités que la Communauté subventionne ou organise (440). En outre, il encadre l'offre d'enseignement supérieur par les habilitations. Le décret définit l'habilitation comme la «capacité accordée par décret à un établissement d'enseignement supérieur d'organiser tout ou partie d'un programme d'études, de conférer un grade académique et de délivrer les certificats et diplômes

(437) Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, pp. 251 à 254.

(438) C.E., arrêt XXX, n° 65.167, du 11 mars 1997. Notons que si l'absence de subvention défavorise effectivement un établissement sur le plan pécuniaire, elle le met toutefois à l'abri, du moins en théorie, des immixtions des pouvoirs publics. C'est somme toute le prix de la liberté...

(439) Civ. Liège (réf.), 23 février 2010, inédit.

(440) Art. 10 du décret «Bologne». Voy. égal. les art. 4 et 5 du décret du 4 avril 2003 pour la Communauté flamande. A noter que le législateur flamand a également énuméré les instituts supérieurs.

associés» (441). Les habilitations sont également géographiques : l'autorisation d'organiser un cursus est liée à un «site» territorialement circonscrit.

Dans son avis sur l'avant-projet devenu le décret «Bologne», le Conseil d'Etat a exprimé des réserves quant à ce mécanisme : «Dans l'enseignement obligatoire, la limitation de l'offre d'enseignement, justifiée par des objectifs de qualité et de répartition des moyens financiers disponibles, est atteinte par des normes générales et abstraites de programmation et de rationalisation. Une école, ou au sein d'une école, une section peut être créée et subventionnée pour autant qu'elle compte un nombre minimal d'élèves. Cette méthode est davantage respectueuse de la liberté d'enseignement que l'habilitation individuelle qui ne permet pas le subventionnement de nouvelles institutions ou l'organisation de nouveaux cours par les institutions existantes» (442). A propos d'autres textes, s'appliquant à des établissements supérieurs non universitaires, le Conseil d'Etat s'était montré plus catégorique (443).

Le système d'habilitation a fait l'objet de deux recours devant la Cour constitutionnelle. Des professeurs de l'Université de Liège avaient contesté les règles d'habilitation du décret «Bologne» au motif qu'elles empêchaient «la Communauté française d'assurer son obligation d'organiser un enseignement universitaire neutre accessible à tous sur l'ensemble de son territoire» (444). Leur recours sur ce point a été jugé irrecevable faute d'intérêt (445). C'est regrettable d'un point de vue purement doctrinal tant la réponse de la Cour aurait été instructive quant à la subsistance de la liberté organisationnelle dans le chef des universités (446).

En ce qui concerne le second recours, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de justification à la suppression des matières de droit social et de droit public et administratif de la liste des masters complémentaires (447). Dès

(441) Art. 6, §1^{er}, du décret «Bologne».

(442) Avis n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498/1, p. 112.

(443) Voy. l'avis n° 35.633/2, du 14 juillet 2003 sur un avant-projet devenu le décret du 19 novembre 2003 créant l'Ecole des Arts du Cirque (*Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2002-2003, n° 449/1).

(444) C.C., arrêt n° 167/2005, du 23 novembre 2005, A.9.2.

(445) On peut s'étonner du formalisme dont la Cour a fait preuve lors de l'examen de la recevabilité des recours «S'il est vrai que de telles dispositions pourraient avoir des répercussions indirectes sur leur situation, il n'en demeure pas moins que c'est l'université elle-même qui est directement atteinte par ces dispositions» (B.10.2.). Elle ouvrira davantage son prétoire dans l'arrêt n° 119/2008 où elle acceptera de se prononcer sur la violation alléguée de la liberté organisationnelle des écoles induite par le décret «inscriptions» alors que cette disposition n'était pas contestée par des établissements mais par des parents d'élèves (C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008).

(446) Ce n'est toutefois pas la première fois que l'on est troublé par la coïncidence entre une appréciation très sévère de l'intérêt à agir et le caractère délicat de la question posée au fond. Voy. X. DELGRANGE, «La Cour d'arbitrage et le citoyen», in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 241-243.

(447) C.C., arrêt n° 168/2005, du 23 novembre 2005, B.9.3 et B.9.4.

lors, les principes d'égalité et de non-discrimination étaient violés. Si la Cour a ainsi annulé certaines habilitations, elle n'a pas remis en question la constitutionnalité du principe même de ces règles (448).

95. La liberté organisationnelle postule le droit, pour un pouvoir organisateur, de maintenir ou fermer son établissement voire de le fusionner avec un autre. Cet aspect fondamental de la liberté d'enseignement doit se concilier avec une volonté du monde politique de réduire le nombre d'établissements dans un souci de «rationalisation» (449).

Confronté à l'avant-projet «Bologne» instaurant les académies universitaires, le Conseil d'Etat s'est montré dubitatif :

«Même si cette association est libre et qu'il est permis de ne pas s'associer, force est cependant de constater que des avantages essentiels sont réservés aux académies, si bien que l'université qui choisirait de ne pas s'associer devrait renoncer à des éléments fondamentaux de son objet social[...] en outre, les articles 91 et suivants de l'avant-projet imposent une forme juridique particulière aux académies [...] par ailleurs, selon les délégués du ministre, la possibilité pour une institution de se retirer d'une académie pour s'intégrer dans une autre est impossible» (450).

Le législateur flamand s'est également engagé dans cette direction, en prenant le chemin de l'académisation. Celle-ci consiste à rapprocher les instituts supérieurs des universités au sein d'une structure commune, les associations (451). Saisie de cette législation, la Cour constitutionnelle a fait primer l'objectif réputé nécessaire de la rationalisation sur la liberté organisationnelle. Elle a estimé cette dernière atteinte proportionnée : «L'association ayant la forme d'une association sans but lucratif, les différents partenaires participent, du fait de leur qualité de membre de l'association, à l'établissement des structures de décision de l'association et, partant, ont également un droit de codécision dans le processus de décision lui-même. Les établissements concernés conservent également leur propre financement et la réglementation attaquée s'applique de manière identique à tous les instituts supérieurs et à toutes les universités. Dans ces conditions, il ne saurait être soutenu que la liberté d'enseignement est affectée de manière substantielle» (452). Pareille jurisprudence nie la liberté de ne pas s'associer.

(448) X. DELGRANGE ET L. DETROUX, *op. cit.*, p. 250.

(449) Pour les références aux dispositions décrétales récentes qui, en Communauté française, ont fusionné ou encouragé des fusions d'établissements, voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, p. 25, note 65.

(450) Avis n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498-1, p. 113.

(451) Art. 96 à 113 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(452) C.C., arrêt n° 44/2005, du 23 février 2005, B.20.4. Pour une critique de la motivation de cet arrêt, voy. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 21-25.

b) *Le droit au subventionnement*

96. Le droit subventionnement est indispensable pour assurer l'effectivité de la liberté organisationnelle et, partant, le libre choix des étudiants.

Néanmoins, «La liberté d'enseignement ne fait pas obstacle à ce qu'une réglementation limite le droit au subventionnement de l'enseignement. Le droit au subventionnement est limité, en effet, d'une part, par le pouvoir de la communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité dispensé à des étudiants dont la capacité n'a pas été mise en cause par des échecs répétés dans l'enseignement supérieur, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles pour les diverses missions de la communauté» (453). Lorsque la Cour livre son antienne sur la relation entre liberté d'enseignement et droit au subventionnement, l'air est semblable à celui de l'enseignement obligatoire (454). La seule différence notable est la référence à l'étudiant en situation d'échec. Elle fait écho à l'unité de base prise en compte pour le calcul du financement des établissements : l'étudiant finançable.

97. Dans l'enseignement supérieur, le législateur semble davantage attentif à assurer l'égalité de financement entre les établissements. Les universités et les hautes écoles sont financées par enveloppe globale. Le montant de cette dernière ne varie pas en fonction des réseaux auxquels appartiennent les différents établissements (455). Le calcul du nombre d'unités d'encadrement des écoles supérieures des arts est lui aussi indifférent au réseau de l'école. Cette égalité entre les réseaux dans l'enseignement supérieur (456) est une différence majeure par rapport à l'enseignement obligatoire (457). Le Conseil d'Etat se montre d'ailleurs critique lorsque le législateur s'écarte de ce principe (458).

Ce n'est donc pas un hasard si c'est en matière de financement de l'enseignement supérieur que la Cour constitutionnelle a formulé une interprétation particulièrement exigeante du principe d'égalité dans l'enseignement : «Le Conseil des ministres ne démontre pas – et la Cour n'aperçoit pas – en

(453) C.C., arrêt n° 35/98, du 1^{er} avril 1998, B.5.2.

(454) Voy., *supra*, n° 43.

(455) L. DETROUX, «Les principes du financement...», *op. cit.*, sp. pp. 155-158.

(456) Si l'égalité est la règle, il existe des cas où des différences de financement demeurent notamment en matière de bâtiment dans l'enseignement supérieur non universitaire et d'allocation de fonctionnement des écoles supérieures des arts.

(457) Voy., *supra*, n^{os} 44 et 45.

(458) Avis n° 25.382/2/V, du 24 juillet 1996, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1995-1996, n° 97-17, p. 2 : «d'après ces articles, les Fonds sont alimentés par une partie forfaitaire fixe identique alors que les trois réseaux n'ont pas la même importance. De plus, selon le système instauré par ces articles, la redistribution opérée au travers des Fonds de solidarité s'opère par réseau alors que les règles de financement sont communes à tous les réseaux».

quoi cette différence de statut pourrait justifier que les universités soient traitées différemment en ce qui concerne l'obligation de contribution pour l'occupation d'objecteurs de conscience, alors que la coexistence d'institutions de droit public et d'organismes de droit privé fut une des circonstances les plus déterminantes de l'adoption du principe d'égalité de traitement des établissements d'enseignement posé dans l'article 24, §4, de la Constitution» (459). Et lorsque la Cour conclut à la non-violation du principe d'égalité, elle le fait au terme d'une motivation plus rigoureuse (460).

Les différences de financement les plus notables dans l'enseignement supérieur se fondent davantage sur les types d'enseignement. Ainsi, les montants des subsides sociaux et du financement par étudiant sont plus faibles dans l'enseignement supérieur non universitaire.

98. Dans l'examen des inégalités entre établissements, le juge constitutionnel est particulièrement attentif à la manière dont les règles de financement tiennent compte de l'évolution de la population étudiante. Il a ainsi conclu à la violation de l'article 24, §4, au motif, notamment, que «la mesure attaquée conduit, pour les années 2005 et 2006, à avantager les universités dont le nombre d'unités de charge d'enseignement a diminué et à pénaliser celles – comme l'Université Gent – dont le nombre d'étudiants a augmenté» (461). Cette jurisprudence témoigne «d'une particulière sévérité de la Cour, qui laisse peu de marge de manœuvre aux Communautés pour opter pour un système de financement de l'enseignement supérieur qui ne serait pas strictement lié au nombre des étudiants» (462). Cette sévérité contraste quelque peu avec l'ouverture d'esprit dont la Haute juridiction a fait preuve lorsqu'elle a validé une contribution des étudiants au financement des établissements (463).

99. Le droit au subventionnement dans l'enseignement supérieur entretient un lien étroit avec le processus de rapprochement entre établissements. En effet, après 1995, le législateur francophone s'est essayé à poursuivre la réduction du nombre d'institutions tout en veillant à éviter les fusions forcées. Pour cela, il a modulé certains mécanismes de financement en vue de créer des incitants aux fusions. Dans le cadre d'une enveloppe fermée, ces mécanismes ont pour effet d'attribuer davantage de moyens aux établissements qui fusionnent et d'en retirer à ceux qui restent auto-

(459) C.C., arrêt n° 27/95, du 21 mars 1995, B.7.

(460) C.C., arrêt n° 42/96, du 2 juillet 1996, B.4.2. et arrêt n° 60/96, du 28 novembre 1996.

(461) C.C., arrêt n° 29/2005, du 9 février 2005, B.10.4. Voy. égal. C.C., arrêt n° 38/94, du 10 mai 1994, B.14.

(462) L. DETROUX, «Les principes du financement...», *op. cit.*, p. 147.

(463) C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007, B.4.12 : «l'absence d'une telle mesure a pu raisonnablement être jugée de nature à menacer la survie des établissements scolaires qu'elle concerne». Voy., *supra*, n° 72.

nomes. Ainsi, le décret «Bologne» rend inapplicable aux universités qui fusionnent l'application du nombre plafond (464). En outre, il transfère, à partir de 2016, le versement de la part fixe de l'allocation globale aux académies, à charge pour les universités membres de se répartir les moyens (465). En ce qui concerne les hautes écoles, le législateur a également prévu deux mécanismes. D'une part, il a inclus, dans le calcul de la partie forfaitaire du financement, un montant annuel supplémentaire si la haute école est la seule de son réseau dans sa zone. D'autre part, il a établi que la partie forfaitaire d'une haute école issue d'une fusion est égale à la somme des parties forfaitaires des hautes écoles parties à la fusion (466).

Le Conseil d'Etat a émis des doutes quant à la constitutionnalité de la manœuvre : «Toute Haute Ecole reçoit un forfait annuel supplémentaire de trente millions de francs si elle est, dans la zone considérée, la seule école de son réseau. Une telle disposition appelle de nettes réserves au regard de l'article 24, §4 de la Constitution : dans la mesure où aucune disposition légale ou réglementaire n'impose aux établissements considérés des charges ou des contraintes auxquelles les autres Hautes Ecoles échapperaient, l'exposé des motifs ne permet pas d'apercevoir la différence objective dont les hautes écoles visées (...) pourraient se prévaloir pour obtenir, au titre de la partie forfaitaire de l'allocation annuelle globale, des montants plus importants que ceux attribués aux autres établissements» (467). Le législateur a maintenu cette mesure en invoquant des objectifs légitimes : l'optimisation de l'offre d'enseignement et, en favorisant le maintien d'une haute école de chaque réseau dans chaque zone, la garantie d'un enseignement de libre choix et de proximité (468). Le législateur a également prévu pareille disposition pour les écoles supérieures des arts (469). Ces règles de financement semblent difficilement conciliables avec une jurisprudence

(464) Art. 107, al. 2. Le mécanisme du nombre-plafond consiste à réduire de 85 % le coefficient de pondération du nombre d'étudiants dépassant un plafond fixé par groupe d'études (A, B ou C).

(465) Art. 117 modifiant l'art. 29 de la loi du 27 juillet 1971.

(466) Avant l'ajout de ce dernier mécanisme, la partie forfaitaire d'une haute école issue d'une fusion était égale à celle de toute autre haute école. La fusion était donc une opération à perte. Voy. l'art. 14 du décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française tel que modifié par l'art. 84 du décret du 30 juin 2006 modernisant le fonctionnement et le financement des hautes écoles.

(467) Avis n° 25.248/2, du 27 juin 1996, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1995-1996, n° 97-1, p. 42.

(468) Exposé des motifs, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2005-2006, n° 268-1, p. 5.

(469) Le législateur a également prévu pareille disposition pour les écoles supérieures des arts. Voy. l'art. 53, al. 4, du décret du 20 décembre 2001 modifié par le décret du 25 mai 2007 portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur. Le Conseil d'Etat exprima ses réserves face à ce dispositif : «L'avant-projet de décret accorde donc un avantage aux écoles fusionnées et déroge ainsi au principe d'égalité entre les établissements d'enseignement garanti par l'article 24, §4, de la Constitution» (avis n° 42.488/2, du 9 mars 2007, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2006-2007, n° 399-1, p. 52)

constitutionnelle attentive au maintien du lien entre le volume du financement et le nombre d'étudiants.

c) *La liberté de choisir son personnel*

100. Les établissements d'enseignement supérieur conservent-ils leur liberté en matière de politique du personnel? Il y a deux manières de répondre à cette question. Si l'on se place du côté de la législation, il semblerait que la liberté ait reculé au profit de l'égalité. En revanche, si l'on observe la jurisprudence, la liberté paraît freiner l'égalité.

101. Dans l'enseignement universitaire, le statut du personnel des institutions de la Communauté est réglé dans la loi du 28 avril 1953 (470). En ce qui concerne les universités libres, la loi charge leur conseil d'administration d'établir pour leur personnel «un statut équivalent au statut fixé par les lois et règlements pour le personnel des institutions universitaires de l'Etat» (471). Le législateur ne s'est pas arrêté là. Il a, en plus, étendu le bénéfice du régime de pension des fonctionnaires aux membres du personnel des universités libres. Enfin, la loi a soumis ces derniers aux dispositions légales et réglementaires applicables au personnel scientifique des universités de la Communauté en ce qui concerne les grades, le statut pécuniaire et les positions administratives (472).

Le statut du personnel des hautes écoles est principalement réglé par le décret du 24 juillet 1997 (473). Si ce dernier s'applique au personnel des établissements relevant des trois réseaux, il n'en règle pas moins la situation des enseignants des différents réseaux par des dispositions distinctes. Le législateur décrétoal a donc fait le choix de maintenir une forte distinction entre les réseaux. Sur ce terrain, la Communauté flamande paraît avoir davantage pris l'option de l'uniformisation (474).

102. Si en matière de financement le juge a donné une certaine vigueur au principe d'égalité, l'application de ce principe en matière de politique du personnel s'avère moins généreuse.

Ainsi, le Conseil d'Etat refuse de connaître des litiges entre un professeur et une université libre : «la partie défenderesse est une université libre qui tient de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, §1^{er}, de la

(470) Loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'Etat.

(471) Art. 41 de la loi du 22 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires.

(472) Art. 1 et 4 de la loi du 21 juin 1985 concernant l'enseignement.

(473) Décret du 24 juillet 1997 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française.

(474) X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *op. cit.*, pp. 43-47 et réf. à la législation flamande réglant la matière.

Constitution le droit d'offrir un enseignement fondé sur les conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses de son choix; que cette liberté d'enseignement implique que le pouvoir organisateur d'une université libre choisit librement le personnel qu'elle engage en vue d'atteindre ses propres objectifs éducatifs; que la liberté de choix se répercute dès lors sur les relations de travail entre ce pouvoir organisateur et son personnel, et emporte que cette relation juridique est d'ordre contractuel; qu'un litige relatif à la définition de la charge d'enseignement de la requérante est donc un litige portant sur un contrat de travail dont le tribunal du travail doit connaître selon l'article 578, 1^o, du Code judiciaire; que, par conséquent, le Conseil d'Etat est à première vue incompétent» (475). Il s'agit d'un recul de la part de la juridiction administrative qui, dans un premier temps, s'était estimée compétente (476). La Cour de cassation, quant à elle, a toujours considéré que les conflits entre un professeur et un établissement libre relevaient de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (477). Le juge constitutionnel s'est également rangé du côté de cette interprétation (478).

Alors qu'en ce qui concerne les décisions relatives aux étudiants, le principe d'égalité requiert que ceux-ci disposent de la même protection juridictionnelle quelle que soit la nature juridique de l'établissement qu'ils fréquentent (479), le même principe ne pose pas les mêmes exigences lorsqu'il s'agit des enseignants : «La Cour constate, en effet, que, quelle que soit la formule choisie, le membre du personnel puni disciplinairement peut soumettre à un tribunal de l'ordre judiciaire le différend qui l'oppose au pouvoir organisateur. Si ce tribunal ne peut, au contraire du Conseil d'Etat, compétent pour le personnel de l'enseignement officiel, annuler la décision entreprise, cette différence tient à la nature du lien, statutaire dans l'enseignement officiel, contractuel dans l'enseignement libre, qui unit l'enseignant au pouvoir organisateur. Cette différence quant à la source de la relation juridique est une caractéristique propre aux deux types de pouvoir

(475) Voy. not. C.E., arrêt *Sue*, n^o 81.469, du 29 juin 1999; arrêt *Lamby*, n^o 84.359, du 22 décembre 1999; arrêt *Missorten*, n^o 93.104, du 6 février 2001 et arrêt *Buron*, n^o 106.978, du 24 mai 2002.

(476) C.E., arrêt *Joye*, n^o 66.563, du 4 juin 1997, cons. 2.2.4.4. : «Considérant que des dispositions qui traitent d'une même matière – les droits et les devoirs du personnel enseignant –, qui ont été établies selon la même technique juridique – celle du statut, c'est-à-dire d'une décision unilatérale, obligatoire sans le consentement du personnel – dont la teneur est pratiquement égale, risquent d'être appliquées de manière divergente si leur application est assurée par des juges différents; que cette application divergente pourrait d'ailleurs aboutir à ce qu'en fait, l'égalité voulue par le législateur se trouve compromise dans la réalité de tous les jours».

(477) X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*, pp. 47-48; Cass., 18 décembre 1997, RG C.97.0248.N et Cass., 6 septembre 2002, RG C.02.0177.N.

(478) Not. C.C., arrêt n^o 87/2002, du 8 mai 2002, B.3.3-B.4 et arrêt n^o 44/2005, du 23 février 2005, B.22.3.

(479) Voy., *supra*, n^o 84.

organisateur qui justifie un traitement différent, en vertu de l'article 24, §4, de la Constitution» (480).

La différence de nature juridique dans la relation qui unit le professeur et son établissement n'a pas qu'une conséquence sur la compétence du Conseil d'Etat. Des membres du personnel administratif, technique et ouvrier de l'U.C.L. l'ont appris à leurs dépens. Ceux-ci contestèrent, au nom du principe d'égalité, l'absence de disposition leur assurant leur bénéfice d'un régime de pension équivalent à celui des membres du personnel des universités de la Communauté. La Cour constitutionnelle relève, dans un premier temps, que le législateur a étendu au personnel académique et scientifique des universités libres le régime de pension de leurs alter-egos des universités de la Communauté (481). Ceci la conduit, dans un second temps, à considérer que «la liberté d'enseignement implique la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir son personnel. La liberté de choix a donc des répercussions sur les rapports de travail entre ce pouvoir organisateur et son personnel et justifie que la désignation et la nomination du personnel de l'enseignement libre subventionné se fassent par contrat. S'il relève du pouvoir d'appréciation du législateur compétent de donner, malgré cette différence, un statut égal en matière de pension au PATO de toutes les universités, une telle égalité de statut n'est pas exigée par les articles 10, 11 et 24 de la Constitution. La différence en matière de pension est, en effet, consécutive au lien contractuel qui a pour conséquence un assujettissement du personnel au régime de pension des travailleurs salariés» (482).

d) *La liberté pédagogique*

103. Le législateur francophone était peu disposé à réduire la liberté pédagogique des universités. Il a ainsi résisté à un avis du Conseil d'Etat qui l'avait invité à le faire. A son estime, l'article 24, §5, «implique que le contenu minimum des programmes universitaires soit déterminé par le décret. L'établissement d'un tel 'tronc commun' applicable à l'ensemble des universités et aux études qu'elles organisent dans les différents cycles de base permet, seul du reste, d'assurer l'égalité minimale de contenu des diplômes tant en ce qui concerne la reconnaissance en Belgique des diplômes étrangers qu'en ce qui concerne l'accès à diverses professions légalement réglementées» (483). La tendance semble toutefois s'être inversée

(480) C.C., arrêt n° 8/2001, du 31 janvier 2001, B.10.

(481) Voy., *supra*, n° 101.

(482) C.C., arrêt n° 97/2005, du 1^{er} juin 2005, B.8. et B.9. Voy. égal. C.C., arrêt n° 82/95, du 14 décembre 1995, B.4.2.

(483) Avis n° 23.103/2, du 20 avril 1994 sur l'avant-projet devenu le décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 1993-1994, n° 166-1, p. 36.

avec le décret «Bologne». Comme l'a relevé le Conseil d'Etat : «Comparé au décret du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques, l'avant-projet impose une importante uniformisation de l'organisation des universités, nécessairement attentatoire à leur liberté». Le Conseil d'Etat conclut : «Cette intervention dans le fonctionnement interne des institutions universitaires peut généralement se justifier par l'objectif poursuivi, à savoir l'intégration dans l'Espace européen de l'enseignement supérieur et la mobilité des étudiants qui en est escomptée. Il revient toutefois au législateur d'apprécier si chacune des restrictions apportées à la liberté d'enseignement est bien nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi» (484).

La liberté pédagogique des hautes écoles est, quant à elle, entravée par diverses dispositions dont l'établissement de grilles horaires et la fixation du nombre d'heures que comportent les années d'études (485). On rappellera au passage que, selon l'article 6 de la loi du Pacte scolaire, le respect des dispositions concernant ces deux aspects sont les conditions d'exercice de la liberté pédagogique des établissements. A l'instar de l'enseignement obligatoire, le législateur a toutefois dépassé ce que laissait entrevoir la loi du Pacte scolaire. Il a ainsi organisé une procédure de contrôle du projet pédagogique, social et culturel (486) par le Gouvernement et la commission communautaire pédagogique. Cette disposition a reçu la bénédiction de la Cour constitutionnelle (487). A ces restrictions générales dans la liberté pédagogique des établissements, s'ajoutent, pour certaines formations, des immixtions plus spécifiques. Les cursus relevant de la catégorie pédagogique sont particulièrement victimes de celles-ci. Il s'agit d'un dommage collatéral d'une des arlésiennes de l'enseignement obligatoire à savoir la

(484) Avis n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498-1.

(485) Art. 21*bis*.

(486) Il s'agit du texte fondateur de la haute école où celle-ci définit les moyens mis en œuvre pour atteindre les objectifs, pédagogiques et autres, assignés par le législateur décréteur.

(487) C.C., arrêt n° 73/96, du 11 décembre 1996. La lecture des travaux parlementaires semble avoir suffisamment rassuré le juge : «Le contrôle exercé par la Commission communautaire pédagogique, critiqué par les requérants et par la partie intervenante, a pour objet, d'une part, de vérifier l'existence même du projet pédagogique, social et culturel lors de l'élaboration ou de la modification de celui-ci et de déterminer s'il tend, par des méthodes librement choisies par les établissements d'enseignement supérieur ou les hautes écoles, à atteindre les objectifs visés à l'article 6 du décret ([*Doc.*, P.C.F., sess. extr. 1995, n° 26/1], p. 11) et, d'autre part, de soumettre la mise en œuvre du projet à un 'contrôle annuel et trisannuel de qualité'; l'avis 'ne portera pas sur la méthode pédagogique en tant que telle mais sur le point de savoir si les autorités de la Haute Ecole mettent en œuvre les moyens pour atteindre les différents objectifs de leur projet' (*idem*, p. 18)» (B.3.4.).

réforme de la formation initiale des enseignants (488). Le juge constitutionnel n'a pas estimé ces réformes contraires à la liberté d'enseignement. Tout en reconnaissant la légitimité de l'objectif d'assurer «la qualité et l'équivalence de la formation des instituteurs et des régents» (489), il a jugé que les dispositions querellées «laissent – chaque fois que cela n'est pas incompatible avec la bonne fin de l'objectif poursuivi – une liberté substantielle dans la mise en œuvre des options retenues par le législateur décentralisé» (490).

104. A notre estime, c'est surtout en Communauté flamande que la liberté pédagogique a été remise en cause, en raison de la mise en place d'un système d'accréditation (491). Pour délivrer un grade académique, une formation doit bénéficier d'une accréditation (492). Celle-ci est accordée par un organe commun à l'enseignement supérieur flamand et néerlandais (la «Nederlands-Vlaamse accreditatie organisatie» – NVAO). L'accréditation d'une formation dépend de la présence d'un nombre de qualités génériques qui permettent d'atteindre une liste d'objectifs établie par le législateur (493).

A l'évidence, ces mesures sont une immixtion dans la liberté pédagogique des établissements d'enseignement supérieur. Sans être aussi détaillées, elles participent de la même logique que les objectifs de développement et les objectifs finaux établis dans l'enseignement obligatoire (494). La Cour constitutionnelle n'y a pourtant pas vu de violation de la liberté d'enseignement : «La définition des garanties de qualité fait apparaître que celles-ci sont bel et bien 'génériques', de sorte qu'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'elles ne laisseraient pas suffisamment de latitude aux propres idées ou conceptions sociétales, pédagogiques, éducatives ou philosophiques des divers établissements ou qu'elles opéreraient en faveur d'une méthode pédagogique déterminée plutôt que d'une autre. Au lieu d'imposer elles-mêmes un modèle pédagogique et un contenu, elles visent uniquement à vérifier si une formation répond à certaines exigences de qualité de base» (495). On s'étonnera néanmoins de

(488) Voy. le décret du 12 décembre 2000 définissant la formation initiale des instituteurs et des régents.

(489) C.C., arrêt n° 1/2003, du 8 janvier 2003, B.7.2. Sur cette même problématique, voy. C.E., arrêt *A.S.B.L. Blaise Pascal-Haute Ecole catholique du Luxembourg (Blaise Pascal-H.E.C. Lux) et crts*, n° 180.032 du 22 février 2008 et arrêt *A.S.B.L. Blaise Pascal-Haute Ecole catholique du Luxembourg*, n° 183.466, du 27 mai 2008.

(490) C.C., arrêt n° 1/2003, précité, B.8.

(491) Art. 56 à 64 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre. Sur ce thème, voy. J. DE GROOF et F. HENDRIKS, «Accreditatie in het hoger onderwijs in Vlaanderen en Nederland», *T.O.R.B.*, 2005-2006, nos 4-5, pp. 247 à 356.

(492) En Communauté française, seule l'habilitation conditionne le subventionnement et la reconnaissance des formations dispensées.

(493) Art. 57.

(494) Voy., *supra*, n° 52.

(495) C.C., arrêt n° 2/2006, du 11 janvier 2006, B.21.1.

constater que la Cour n'ait pas exigé du législateur qu'il instaure une procédure de dérogation à l'égard des établissements à pédagogie particulière (496). Peut-être considère-t-elle que l'atteinte à la liberté pédagogique n'est pas assez forte pour prévoir une possibilité de dérogation? A moins qu'elle estime tout simplement que de tels établissements n'existent pas dans l'enseignement supérieur.

e) *L'offre du point de vue des convictions*

105. Si les évolutions législatives et jurisprudentielles ont sensiblement réduit la liberté d'ouvrir et de maintenir un établissement, celles-ci n'ont eu qu'un impact limité sur la pluralité de l'offre d'un point de vue philosophique. Comme l'écrit Diane Déom, c'est «au sein des réseaux, plutôt qu'entre eux, que les efforts de rationalisation sont imposés» (497). Les cas qui viennent contredire ce constat sont rares (498). Les mécanismes incitatifs en matière de fusion que nous avons mentionnés plus haut prennent d'ailleurs systématiquement en compte la question des réseaux (499). Comme pour s'assurer de la persistance de ceux-ci dans l'enseignement supérieur, le législateur a pris le soin de définir les réseaux de manière explicite alors qu'il s'est toujours gardé de franchir ce pas dans l'enseignement obligatoire (500).

Il est néanmoins curieux, à partir du moment où le législateur souhaite garantir le libre choix philosophique, qu'il tienne compte davantage du réseau auquel appartient l'établissement plutôt que du caractère de ce dernier. C'est d'autant plus paradoxal que lors du regroupement des établissements d'enseignement supérieur, le législateur a intégré la question du caractère pour accorder des dérogations aux conditions minimales de maintien d'une haute école (501). Il semblerait que le législateur ait par la suite oublié l'existence d'une haute école libre non-confessionnelle.

(496) Voy., *supra*, n° 52. M. EL BERHOUMI, *La liberté d'enseignement...*, *op. cit.*, pp. 32-34.

(497) D. DÉOM, «L'enseignement est libre: quel avenir pour une petite phrase riche de passé?», in *En hommage à Francis Delpérée...*, *op. cit.*, p. 441.

(498) La force de l'esprit principautaire a ainsi permis l'intégration du site liégeois de Saint-Luc Wallonie (libre subventionné) et de l'institut Lambert Lombard (officiel subventionné) à l'Université de Liège (organisé par la Communauté). Art. 29 à 42 du décret du 30 avril 2009 organisant le transfert de l'enseignement supérieur de l'architecture à l'université (ce décret n'a pas été examiné par la section de législation, qui a estimé que l'urgence invoquée pour le saisir dans un délai de cinq jours n'était pas justifiée, avis n° 46.161/AG, du 17 mars 2009, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2008-2009, n° 680/1).

(499) Voy., *supra*, n° 99.

(500) Art. 50 du décret «Hautes écoles».

(501) Art. 49, §3 à 5 du décret «Hautes écoles».

f) *L'offre du point de vue de la langue de l'enseignement*

106. Si la liberté en matière d'emploi des langues des établissements privés est toujours indemne, le législateur a réglementé cette question pour les établissements organisés ou subventionnés. Le décret «Bologne» en Communauté française et le décret du 4 avril 2003 en Communauté flamande (502), fixent la langue administrative et la langue d'enseignement des établissements et déterminent les cas où l'enseignement peut être dispensé dans une autre langue. La question de la validité de ces règles au regard de la liberté organisationnelle n'a jamais été soulevée.

Le Conseil d'Etat a estimé que ces dispositions, en ce qu'elles s'appliquent à des établissements situés dans la Région bruxelloise, n'étaient en revanche pas compatibles avec l'article 129 de la Constitution. En vertu de cette disposition, les Communautés française et flamande règlent par décret l'emploi des langues dans les matières administratives et dans l'enseignement, respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise. En revanche, contrairement au régime prévu par l'article 127, §2, les décrets n'ont pas force de loi dans la Région de Bruxelles-Capitale (503).

Selon la Cour constitutionnelle, ces dispositions ne sont pas inconstitutionnelles. D'une part, la Communauté ne règle pas l'emploi des langues, mais fixe des critères permettant de faire apparaître les institutions bruxelloises qui, sur base de leur activité, peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté flamande. D'autre part, «ces dispositions relèvent de la compétence du législateur décentral en matière d'enseignement dès lors qu'elles règlent elles-mêmes cet enseignement ou qu'elles sont indissociablement liées à d'autres dispositions du décret qui instaurent une nouvelle structure dans l'enseignement supérieur, cet enseignement étant intégré dans un contexte européen plus large. Il appert de l'élaboration des dispositions entreprises que la réglementation linguistique est dictée par le souci du législateur décentral de garantir une pleine participation de la Communauté flamande aux échanges internationaux en matière de recherche et d'enseignement dans un contexte européen et mondial» (504).

g) *L'autonomie de gestion*

107. En termes d'autonomie de gestion, il existe un clivage entre, d'une part, les universités et, d'autre part, les hautes écoles et les écoles supé-

(502) Art. 90 et 91 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre.

(503) Avis n° 36.275/2, du 14 janvier 2004, *Doc. P.C.F.*, sess. ord. 2003-2004, n° 498-1; avis n° 33.808/1/VR du 12 novembre 2002, *Doc.*, VI. P., sess. ord. 2002-2003, n° 1571/1.

(504) C.C., arrêt n° 44/2005, du 23 février 2005, B.12.2. et B.13.2.

rieures des arts. Cela se marque plus particulièrement du point de vue des établissements organisés par la Communauté. Les universités de la Communauté disposent d'une personnalité civile limitée à la gestion de leur patrimoine propre (505). Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a jugé recevable un recours introduit par l'Université de Liège considérant que cette dernière pouvait être assimilée à une personne juridique pour agir en justice (506). Elles sont propriétaires de leurs bâtiments (507). Elles disposent de la même marge de manœuvre que les universités libres pour gérer les moyens qui leur sont attribués. Par vagues successives, le législateur tend à accroître leur autonomie de gestion (508). Le mouvement touche également les hautes écoles de la Communauté bien qu'il soit plus timide. Ces dernières jouissent depuis peu d'une personnalité juridique limitée à la gestion de leur patrimoine propre (509). Pour le reste, elles sont des services à gestion séparée dont la gestion est assurée par un conseil d'administration. Dans l'enseignement artistique, nous ne relevons aucune tendance à l'autonomisation. Les écoles de la Communauté sont des services à gestion séparée dont la gestion est assurée par le Gouvernement (510).

108. Cette volonté législative de renforcer l'autonomie des établissements ne fait pas forcément bon ménage, d'une part, avec les transferts de compétence à des associations ou académies universitaires et, d'autre part, avec le renforcement des droits participatifs reconnus aux étudiants. A cet égard, l'arrêt n° 48/2005 marque un net recul en matière d'autonomie de gestion des universités libres puisque la Cour y autorise le législateur à prévoir la participation des étudiants en ce compris dans les domaines qui touchent au cœur de la liberté organisationnelle des établissements à savoir le caractère religieux ou philosophique de l'enseignement et le projet pédagogique de l'établissement (511).

4. – *La liberté académique*

109. La Cour proclame que «la liberté académique traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt

(505) Loi du 5 juillet 1920 accordant la personnalité civile aux universités de l'Etat à Gand et à Liège et article 50 de la loi du 9 avril 1965 portant diverses mesures en faveur de l'expansion universitaire.

(506) C.C., arrêt n° 38/94, du 10 mai 1994, B.2.2 et B.2.3.

(507) Arrêté du 17 octobre 1991 de l'Exécutif de la Communauté française transférant la propriété de biens aux universités de Liège et de Mons.

(508) Voy. le décret du 15 février 2008 modifiant la loi du 28 avril 1953 sur l'enseignement universitaire par l'Etat.

(509) Art. 34*bis* du décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes Ecoles organisées ou subventionnées par la Communauté française et arrêté du 12 septembre 2008 relatif au patrimoine des Hautes écoles organisées par la Communauté française.

(510) Art. 13, al. 2 et 3, du décret «écoles supérieures des arts».

(511) C.C., arrêt n° 48/2005, du 1^{er} mars 2005, B.15.

même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions» (512). Elle précise que «l'université est un lieu privilégié de la liberté académique» (513).

Faut-il en déduire que la liberté académique est l'apanage des professeurs et chercheurs d'université? Telle paraissait être l'option du législateur de la Communauté française puisque ce dernier a «consacré» cette liberté dans la partie du décret «Bologne» exclusivement dédiée aux universités (514). Toutefois, comme le relève la Cour constitutionnelle, «la liberté académique constitue un aspect de la liberté d'expression, garantie tant par l'article 19 de la Constitution que par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme; elle participe de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution» (515). La liberté académique trouve donc sa source dans des textes qui consacrent des droits fondamentaux sans distinguer entre différents niveaux d'enseignement. Elle ne pourrait donc être réservée aux seuls universitaires même si, notamment dans sa dimension de recherche, cette liberté se déploie particulièrement à l'université (516).

110. La Cour constitutionnelle n'a pas simplement imposé une obligation négative au législateur, à savoir la non-ingérence dans la liberté académique, elle lui assigne également une obligation positive, celle de garantir l'exercice effectif de cette liberté (517) : «La liberté académique requiert que l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire soit garantie par les dispositions qui leur sont applicables» (518). Ce considérant n'a pas empêché le juge de valider l'introduction du principe de détitulari-

(512) C.C., arrêt n° 167/2005, du 23 novembre 2005, B.18.1.

(513) C.C., arrêt n° 157/2009, du 13 octobre 2009, B.7.1. Dans cette espèce, des ASBL satellites du Vlaams Belang, avaient fait une demande en récusation d'un juge de la Cour en raison de son appartenance au Centre de droit public de l'ULB. Pour deux raisons, elles estimaient qu'être membre de ce centre était source d'une apparence de partialité : d'une part, sa directrice était impliquée dans la procédure en tant qu'avocat et, d'autre part, l'un des thèmes de recherche du Centre est la lutte contre l'extrême-droite. La Cour a rejeté la demande en raison de la liberté académique dont bénéficie le juge dans son activité à l'université. Pour sa part, le Conseil d'Etat, saisi de la même demande assortie des mêmes arguments, a récusé un président de Chambre et un conseiller d'Etat (C.E., arrêt *vzw Vrijheidsfonds*, n° 169.314, du 22 mars 2007, cons. 24 à 26). Ces derniers avaient pourtant invoqué leur liberté académique pour affirmer que la mention d'un thème de recherche ne comporte pas de prise de position à son sujet.

(514) Sur la portée de cette «consécration» da l'art. 67 du décret «Bologne» et sur l'interprétation euthanasiant que lui a réservée la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 167/05 (C.C., arrêt n° 167/05, du 23 novembre 2005), voy. X. DELGRANGE, «La liberté académique», *op. cit.*, pp. 407-424.

(515) C.C., arrêt n° 167/05, précité, B.18.1.

(516) En ce sens, M. PÂQUES, «Liberté académique et Cour d'arbitrage», in *Liber Amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 388; E. CLYBOUW, «Academische vrijheid», *C.D.P.K.*, 2006, pp. 680-682.

(517) M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 411.

(518) C.C., arrêt n° 167/2005, du 23 novembre 2005, B.21.

sation des charges (519) au sein des universités de la Communauté. A ce titre, il semblerait que le juge ait considéré que la liberté organisationnelle, en particulier l'autonomie de gestion des universités de la Communauté, prime sur la liberté académique (520).

D. – LA RÉGLEMENTATION DE L'ENSEIGNEMENT,
APANAGE DU LÉGISLATEUR

111. L'article 24 de la Constitution, dans sa version renouvelée, dispose en son § 5 que «l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté sont réglés par la loi ou le décret». La modification de cet article en 1988 n'est pas à attribuer à des considérations purement esthétiques : «en adoptant cette disposition, le Constituant a entendu non seulement actualiser mais aussi renforcer la compétence qu'attribuait déjà au législateur l'article 17, alinéa 2, de la Constitution, tel qu'il était en vigueur avant le 1^{er} janvier 1989. Désormais, l'article 24, § 5, de la Constitution mentionne explicitement quels éléments de l'enseignement relèvent du pouvoir législatif (...)» (521).

Selon une jurisprudence bien établie de la Cour Constitutionnelle, «cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin de régler les éléments essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement. L'article 24, § 5, de la Constitution exige que ces compétences déléguées ne portent que sur la mise en œuvre des principes que le législateur décrétait à lui-même adoptés. A travers elles, le Gouvernement de communauté ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées» (522). Ce n'est pas le lieu d'étudier une fois encore les critères qui permettent de distinguer l'essentiel, apanagan de légis-

(519) On vise par ce terme l'attribution temporaire du contenu des charges et la révision périodique de ce contenu par le conseil d'administration.

(520) «En prévoyant une attribution temporaire de la charge d'enseignement et une révision périodique de cette charge, l'article 138 du décret du 31 mars 2004 s'inscrit dans l'objectif affirmé par l'exposé des motifs d'ancrer résolument l'enseignement supérieur en Communauté française 'dans des perspectives de mobilité interne, européenne et internationale' (*Doc. parl.*, P.C.F., sess. 2003-2004, n° 498/1, p. 2). A cet égard, le principe de 'détitularisation' vise à rencontrer une demande de l'Université de Liège elle-même afin de 's'orienter vers les mêmes dispositions en application dans les universités libres' et d'obtenir des systèmes de mobilité interne 'de nature à permettre une meilleure organisation de l'institution universitaire' (*Doc. parl.*, P.C.F., sess. ord. 2003-2004, n° 498/3, p. 38). (...). Compte tenu des objectifs poursuivis et de la portée du principe de 'détitularisation', l'article 138 du décret du 31 mars 2004 ne peut être considéré en soi comme une atteinte disproportionnée à la liberté académique, le respect de celle-ci n'impliquant pas l'attribution définitive de la même charge d'enseignement» (C.C., arrêt n° 167/2005, du 23 novembre 2005, B.23.1. et B.24.1.).

(521) C.C., arrêt n° 45/94, du 1^{er} juin 1994, B.6.

(522) Voy. dernièrement C.C., arrêt n° 142/2008, du 30 décembre 2008, B.3.

lateur, de l'accessoire, tâche de l'exécutif (523). Peut-être convient-il néanmoins de signaler que, depuis 1999, la Cour constitutionnelle n'a plus prononcé d'annulation pour violation de cette disposition constitutionnelle (524).

Faut-il y voir un plus grand respect de la disposition qui a pour conséquence que l'invocation de sa violation par les requérants semble parfois être faite en désespoir de cause ou à l'inverse un assouplissement des exigences de la Cour ?

En faveur de la première hypothèse, l'on pourrait invoquer le rappel qui a été infligé à la Communauté française par l'arrêt du Conseil d'Etat annulant l'arrêté du 21 mai 1999 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dispensant un enseignement à domicile (525). La Communauté a en effet été contrainte de remettre l'ouvrage sur le métier, accouchant finalement du décret du 25 avril 2008 précité.

En revanche, les derniers arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, notamment relativement à ce décret, invitent à y voir un assouplissement. La Cour renonce en effet à réitérer son antienne sur l'apanage du législateur de régler les éléments essentiels de l'enseignement, au profit d'un simple souci de précision de la législation (526). De même, à propos des décrets inscriptions, la Cour s'est contentée de considérer que «le choix laissé aux établissements entre plusieurs systèmes (de classement aléatoire) n'est pas

(523) Voy. X. DELGRANGE et C. NIKIS, *op. cit.*, pp. 203-235; B. STEEN, «Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24, §4, G.W.): een stan van zaken», *T.O.R.B.*, 2000-2001, pp. 347-382.

(524) Brecht Steen a recensé la jurisprudence constitutionnelle («Streng, strenger, strengst! ? De verhouding tussen de rechtspraak van het Arbitragehof en de adviezen van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State in constitutionele onderwijsaangelegenheden», *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 213-222) depuis la dernière annulation, prononcée dans l'arrêt n° 19/99 (C.C., arrêt n° 19/99, du 17 février 1999) jusqu'à l'arrêt n° 17/2006 (C.C., arrêt n° 17/2006, du 1^{er} février 2006). Le moyen fut depuis soulevé sans succès dans les affaires ayant débouché sur : C.C., arrêt n° 28/2007, du 21 février 2007; arrêt n° 110/2007, du 26 juillet 2007; arrêt n° 56/2008, du 19 mars 2008; arrêt n° 142/2008, du 30 octobre 2008; arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009; arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009 et arrêt n° 168/2009, du 29 octobre 2009.

(525) L'arrêt n° 159.340 (C.E., arrêt *asbl de la Sainte Espérance*, n° 159.340, du 30 mai 2006), se limite à la constatation suivante : «si l'article 1^{er}, §6, de la loi du 29 juin 1983 (concernant l'obligation scolaire) laisse au Roi, et maintenant au Gouvernement de la Communauté française, le soin de fixer les conditions suivant lesquelles l'enseignement à domicile peut satisfaire à l'obligation scolaire, cette disposition légale n'indique toutefois pas les principes selon lesquels le délégataire est appelé à exercer les pouvoirs qui lui sont confiés en matière de reconnaissance de cet enseignement; qu'elle ne contient en effet aucune précision ni quant à la nature des conditions qui peuvent être imposées aux personnes qui suivent ou qui dispensent un enseignement à domicile, ni quant au niveau ou à la durée qu'une telle formation doit posséder pour satisfaire à l'obligation scolaire; que l'auteur de l'acte était incompétent dès lors qu'il a réglé des questions qui ne sont ni d'ordre secondaire ni de détail et dont les principes auraient préalablement été établis par le législateur».

(526) Ainsi, aux requérants qui reprochaient une habilitation excessive en matière de contrôle du niveau des études, la Cour a rétorqué que la notion contestée de «plan individuel de formation» n'était mentionnée dans le décret qu'à titre d'exemple, si bien que «cette notion n'est pas dépourvue de précision, et la disposition attaquée ne méconnaît donc pas l'article 24, §5, de la Constitution» (C.C., arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009, B.24.2.).

contraire aux principes de transparence et de prévisibilité garantis par le principe de légalité en matière d'enseignement» (527).

112. Une autre question mérite d'être évoquée parce qu'elle est en lien étroit avec la protection des droits en matière d'enseignement et plus spécifiquement de la liberté d'enseignement : que les éléments essentiels de la réglementation de l'enseignement doivent être adoptés par le législateur ne signifie pas que celui-ci doit réglementer tout l'enseignement. Orban constatait déjà qu'en matière d'enseignement, la Constitution ne consacre que deux autorités, la liberté et la loi (528). Le législateur peut donc s'abstenir de régler un aspect de l'enseignement. Il laisse alors aux différentes parties prenantes la liberté de s'organiser comme elles l'entendent. L'article 24, §5, requiert seulement que, si l'autorité politique décide d'intervenir, elle ne peut le faire que par la voie législative et non réglementaire.

Cette dimension du régime de la liberté d'enseignement est parfois perdue de vue. Un jugement du tribunal de Namur a ainsi eu un retentissement considérable : en condamnant une Haute école à rembourser des droits complémentaires au minerval, perçus sans y avoir été habilitée par décret, le tribunal a provoqué une réforme profonde de la contribution financière que les Hautes Ecoles peuvent réclamer des étudiants (529). Le raisonnement tenu ne manque toutefois pas d'étonner. Le tribunal constate en effet que, si aucune disposition législative n'interdit la perception de la contribution contestée, aucune ne l'autorise non plus. Or il estime que, conditionnant l'accès à l'enseignement, elle fait partie des éléments essentiels de la réglementation de l'enseignement et que, dès lors, conformément à l'article 24, §5, de la Constitution, elle doit être expressément autorisée par le législateur. Que la Haute Ecole poursuivie soit un établissement libre ne change rien aux yeux du tribunal namurois : «étant subventionné, l'enseignement libre, bien qu'organisé par l'initiative privée, constitue un service public fonctionnel assumant une mission d'intérêt général à qui la qualité d'autorité administrative peut être reconnue pour certains de ses actes, posés en qualité d'organe de droit privé chargé d'une activité de service public. Il en est ainsi des décisions relatives à la perception de droits d'inscription complémentaires qui, dès lors que cette matière relève des aspects essentiels de l'enseignement puisqu'elle conditionne directement la liberté d'accès à celui-ci et est liée à son subventionnement, sont soumises à l'article 24, paragraphe 5, de la Constitution qui régit l'action de la Communauté française en la matière. L'article 24, paragraphe 5, de la Constitution s'impose dès lors à l'HENaC en sa qualité d'école supérieure subven-

(527) C.C., arrêt n° 121/2009, du 16 juillet 2009, B.14.3.

(528) Voy., *supra*, n° 3.

(529) Voy., *supra*, n° 72.

tionnée, qui ne peut agir en cette matière que sur délégation expresse, tout comme un établissement public (communautaire) d'enseignement».

Ce faisant, le tribunal éradique la liberté d'enseignement puisqu'à ses yeux, la liberté ne consiste plus à pouvoir faire tout ce qui n'est pas interdit mais seulement ce qui est permis.

113. Il est vrai que la correcte application de l'article 24, §5, de la Constitution génère une difficulté au regard du traitement égal des établissements d'enseignement par-delà le réseau auquel ils appartiennent. Reprenons le cas de la contribution financière des étudiants. En principe, dans l'enseignement libre, la relation qui se noue entre l'établissement et l'étudiant est de nature contractuelle, si bien que ceux-ci peuvent convenir de tout ce qui n'est pas interdit par décret (530). Dans l'enseignement officiel subventionné, la relation est régie par un règlement adopté par l'autorité publique concernée, dans le respect de la législation. Mais les établissements directement organisés par la Communauté ne disposent pas de l'autonomie leur permettant d'intervenir que ce soit par la voie contractuelle ou réglementaire. Comme la fixation de la contribution financière des étudiants est un élément essentiel de l'organisation de l'enseignement, elle ne peut, s'agissant de ces établissements, être l'œuvre que du législateur.

C'est probablement l'apparente discrimination résultant du fait que le législateur n'imposerait des normes qu'aux établissements relevant directement de la Communauté française qui a incité la section de législation du Conseil d'Etat à adopter une conception particulièrement stricte du principe de légalité lors de l'examen de l'avant-projet devenu le décret du 18 juillet 2008 visant à réguler les inscriptions des élèves dans le premier degré de l'enseignement secondaire et à favoriser la mixité sociale au sein des établissements scolaires (531). Elle estima que l'autonomie laissée aux chefs d'établissements, dans le réseau de la Communauté française, et aux pouvoirs organisateurs, dans les réseaux subventionnés, dans la détermination des critères de départage était contraire au principe de légalité consacré par l'article 24, §5, de la Constitution. Elle ajoutait que «le silence du législateur sur le contenu des critères est d'autant plus préoccupant que le système envisagé ne manquera pas de susciter d'importantes difficultés au regard du principe d'égalité, non seulement par la variété en elle-même des systèmes propres à chaque établissement mais aussi par le fait que les candidats qui auraient pu être choisis en fonction de tel critère dans tel établissement pourraient ne pas l'être en fonction de ceux retenus dans l'établissement dans lequel il s'est porté candidat». Elle insistait encore sur le

(530) Voy. les références citées in X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheure», *op. cit.*

(531) Avis n° 44.588/2, du 20 juin 2008, *Doc.*, P.C.F., sess. ord. 2007-2008, n° 552/2. Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, «Inscrire son enfant dans une école francophone...», *op. cit.*, pp. 459-476, sp. pp. 472-474.

fait que cette « habilitation donnée aux établissements en la matière ne saurait trouver de fondement dans le principe de la liberté d'enseignement garanti par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution ». Elle déduisait en effet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que cette liberté ne porte que soit sur des options philosophiques ou confessionnelles, soit sur des conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif (532). Or, à l'estime de la section de législation, « dès lors que la proposition n'envisage l'adoption par les chefs d'établissements et les pouvoirs organisateurs que de critères neutres, elle n'implique en effet aucun choix du type de ceux qui entrent dans le champ d'application de cette disposition ».

Il est néanmoins possible de concilier le traitement égal des établissements d'enseignement, tous réseaux confondus, et l'autonomie de ces établissements. L'article 24, §2, de la Constitution permet en effet à la Communauté de déléguer, par décret spécial, tout ou partie de ses compétences de pouvoir organisateur à un organe autonomie. La Communauté flamande a largement fait usage de cette faculté, tant dans l'enseignement obligatoire que dans l'enseignement supérieur (533). La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de souligner la clarification des tâches résultant de la création de pareil organe autonome : « Avant la création du Conseil autonome de l'enseignement communautaire, l'ancienne inspection reflétait la double mission de l'autorité publique. En tant qu'inspection pédagogique de l'enseignement de l'Etat ou de l'enseignement communautaire, elle était chargée de l'encadrement de cet enseignement. En tant qu'inspection publique, elle était chargée du contrôle de toutes les écoles de chacun des réseaux. La nouvelle inspection est conçue comme un instrument permettant à la Communauté de surveiller la bonne exécution des missions confiées aux différents pouvoirs organisateurs. En même temps, elle veille à une affectation judicieuse des moyens conférés par la Communauté aux pouvoirs organisateurs. L'encadrement pédagogique est confié, quant à lui, à des services d'encadrement pédagogique propres à chaque réseau » (534).

(532) Elle se réfère à C.C., arrêt n° 2/2006, du 11 janvier 2006, B.18.2.

(533) Voy. not. le décret spécial du 19 décembre 1988 relatif au Conseil autonome de l'enseignement communautaire (abrogé par le décret spécial du 14 juillet 1998); le décret spécial du 26 juin 1991 relatif à l'« Universiteit Gent » et à l'« Universitair Centrum Antwerpen »; le décret spécial du 13 juillet 1994 relatif aux instituts supérieurs autonomes flamands; le décret spécial du 4 avril 2003 portant participation d'institutions communautaires aux associations dans l'enseignement supérieur; le décret spécial du 14 juillet 1998 relatif à l'enseignement communautaire; le décret spécial du 19 mars 2004 relatif à la participation dans l'enseignement supérieur, l'intégration de certaines sections de l'enseignement supérieur de promotion sociale dans les instituts supérieurs, la coordination de la réglementation de l'enseignement supérieur et la modernisation de la réglementation des instituts supérieurs autonomes flamands; le décret spécial du 20 février 2009 portant création de la « Vlaamse autonome hogeschool Hogere Zeevaartschool » et portant transfert du pouvoir organisateur de l'enseignement supérieur maritime de la Communauté flamande.

(534) C.C., arrêt n° 32/93, du 22 avril 1993, B.11. Voy. encore C.C., arrêt n° 30/95, du 4 avril 1995 et arrêt n° 7/96, du 18 janvier 1996.

La Communauté française s'y est cependant à ce jour refusée, même lorsqu'elle eut dû le faire comme lors de la constitution des académies universitaires par le décret «Bologne» (535).

CONCLUSION

114. Célébrant les cent cinquante ans de la Constitution, Francis Delpérée et Hugues Dumont constataient que l'interprétation de l'exigence constitutionnelle d'égalité avait évolué au point que l'on en était à la troisième génération de sa déclinaison (536). Trente ans plus tard, dans le cadre du cinquantenaire du Pacte scolaire, l'on pourrait commémorer la troisième génération du droit constitutionnel à l'enseignement. Si l'enseignement obligatoire et supérieur ont au début évolué de concert, certaines divergences sont apparues lors de cette troisième génération.

115. Parcourant l'histoire constitutionnelle de l'enseignement obligatoire à gros trait, trois périodes apparaissent en effet. Au commencement, en réaction aux dominations française et hollandaise, le Constituant originaire a surtout voulu protéger la liberté d'enseignement entendue dans sa dimension de la liberté organisationnelle. Essentiellement perçue comme liberté franchise, le cœur de cette liberté se situait alors dans l'interdiction des mesures préventives. Pendant plus d'un siècle, les principaux enjeux de l'enseignement se sont déclinés autour de la liberté organisationnelle. Dans un contexte où deux idéologies incompatibles s'affrontaient, la visée de chacun des camps était d'assurer le développement de son réseau tout en diminuant l'importance de l'autre. Le conflit philosophique tournait ainsi principalement autour de trois questions : le rôle des pouvoirs publics dans l'organisation de l'enseignement, les subventions attribuées au réseau libre et le contrôle effectué sur ce réseau. Dans ce cadre, le libre choix n'était que la dimension passive de la liberté d'enseignement, l'accessoire de la liberté organisationnelle.

La seconde guerre scolaire a mis en lumière un déplacement des termes du conflit philosophique (537). S'ouvre alors une deuxième période de l'histoire du droit de l'enseignement. Désormais, l'existence d'une pluralité de réseau n'est plus remise en cause. Le nouveau terrain d'affrontement deviendra le droit du père de famille de donner à son enfant le type de formation philosophique ou religieuse qui correspond à ses préfé-

(535) Voy. l'avis n° 36.275/2 de la section de législation du Conseil d'Etat, précité.

(536) F. DELPÉRÉE et H. DUMONT, «L'égalité à la troisième génération», in *De Grondwet Honderdvijftigjaar*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 95-127.

(537) Ces changements sont néanmoins apparus progressivement. Voy. P. WYNANTS, «Racines historiques du débat sur le pluralisme scolaire», in *Pluralismes et libertés d'enseignement*, Namur, Presses universitaires de Namur, 1987, p. 27 à 40.

rences (538). Les trois questions controversées de la première époque sont toujours au centre des débats, mais elles connaissent un profond infléchissement : de questions de principe, elles deviennent instrumentales. Le principe de liberté subsidiée et le rôle de l'Etat sont admis. Il s'agit de déterminer les modalités de ce régime afin d'assurer le libre choix des parents. C'est là-dessus que portera le compromis du Pacte scolaire. La rationalisation de l'enseignement en vigueur depuis les années septante a renforcé cette tendance : en freinant toute possibilité d'extension des réseaux, elle rend caducs les débats portant en premier lieu sur la liberté organisationnelle. En d'autres termes, le clichage de l'offre d'enseignement amène à centrer les préoccupations de chacun sur le maintien d'une liberté effective de choix entre les établissements existant.

En 1988, le libre choix et les principaux axes du Pacte scolaire ont été inscrits dans la Constitution. Le Constituant a saisi l'occasion pour ouvrir la perspective d'une nouvelle époque du droit de l'enseignement en proclamant deux principes qui n'étaient guère au cœur des préoccupations politiques sans pour autant en être entièrement absents. Le droit à l'enseignement et l'exigence d'égalité allaient tracer le chemin d'une révolution copernicienne législative et jurisprudentielle. Autrefois la liberté d'enseignement, liberté organisationnelle puis libre choix, apparaissait comme le principe de base auquel les autres étaient subordonnés (539). Aujourd'hui, c'est désormais autour du droit des élèves que se construisent la législation et la jurisprudence constitutionnelle. Les signes de ce passage à un nouveau paradigme se retrouvent dans la plupart des aspects évoqués dans les pages qui précèdent : renforcement du contrôle de l'obligation scolaire, droit à l'inscription, uniformisation pédagogique des établissements, accroissement du contrôle juridictionnel des décisions qui concernent les élèves, etc.

116. Ce triptyque du droit de l'enseignement ne signifie pas qu'il y ait des cloisons étanches entre les différentes périodes. Liberté organisationnelle, libre choix et droit à l'enseignement sont tous inscrits à l'article 24 de la Constitution sans être hiérarchisés. Si la priorité actuelle porte sur ce dernier aspect, la liberté organisationnelle et le libre choix continuent à encadrer l'action du législateur et le contrôle de celle-ci par le juge. L'héritage de l'histoire de l'enseignement rend ainsi impossible certaines orientations. Sans céder à la tentation médiatique, il nous est autorisé d'illustrer notre propos par le dernier décret adopté à ce jour pour réglementer la question des inscriptions dans le secondaire. Le droit des élèves et le principe d'égalité constituent le socle du décret. L'exposé introductif de la Ministre de l'enseignement obligatoire lors de la discussion en commission

(538) G. DEPREZ, «La guerre scolaire et sa pacification», *Recherches sociologiques*, 1970/2, p. 205.

(539) P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 144.

du projet en témoigne (540). Cela se traduit notamment dans l'attention particulière accordée aux élèves issus d'écoles à indice socio-économique défavorisé. Le législateur leur réserve 20 % des places disponibles dans toutes les écoles. Le libre choix occupe toujours une place importante : l'ordre de préférence dans le choix de l'école constitue un des critères de départage et il est exigé que la Commission interréseaux des inscriptions accomplisse son œuvre en se fondant sur le principe d'optimisation des préférences des parents. Quant à la liberté organisationnelle, elle occupe un maigre espace dans la possibilité laissée aux écoles de conclure, moyennant le respect d'un certain nombre de conditions, des partenariats pédagogiques. On la retrouve également dans l'obligation de souscrire aux projets éducatif, pédagogique et d'établissement dans le cadre d'un entretien entre le chef d'établissement et le candidat à l'inscription. Associant libre choix et liberté organisationnelle, le législateur n'a pas oublié la question des réseaux en particulier dans le calcul des critères liés à la distance géographique (541).

117. Ce changement de paradigme du droit de l'enseignement, même s'il n'est pas total, bouleverse le régime classique de contrôle des écoles. Celui-ci déniait à la Communauté tout pouvoir de contrôle sur les établissements qui n'entretiennent aucun lien avec elle. Il établissait, en outre, un contrôle d'intensité décroissante selon que l'établissement était organisé par la Communauté, subventionné par celle-ci ou simplement reconnu. L'arrêt n° 107/2009, du 9 juillet 2009 scie deux branches de ce régime : l'enseignement privé peut être contrôlé et la reconnaissance de l'enseignement non subsidié est hors-la-loi. Pour le reste, l'enseignement subventionné est progressivement traité sur le même pied que celui de la Communauté sans que la Cour ne s'en émeuve. Le régime classique déduit de l'article 24, §§ 1^{er} et 5, s'inscrivait dans la logique de la liberté subsidiée. Son mariage avec le droit à l'enseignement est moins heureux. Il est donc remanié, par voie parallèle (542), afin de ne pas freiner les nouvelles orientations de l'enseignement.

Par voie de conséquence, l'entrée dans la troisième génération du droit à l'enseignement bouscule le rôle des acteurs de l'enseignement. A mesure que la liberté organisationnelle est réduite à peu de chose, le rôle des établissements, autrefois premier, est juridiquement nié. Lorsque l'immixtion n'est pas l'œuvre des pouvoirs publics, elle fait suite à l'action centralisatrice des

(540) Rapport de la Commission de l'éducation, *Doc. P.C.F.*, sess. ord. 2009-2010, n° 82/3, pp. 3-8.

(541) Art. 79/1 à 79/26 en projet du décret «missions», *Doc. P.C.F.*, sess. ord. 2009-2010, n° 82/1.

(542) Sur ce concept, voy. H. DUMONT, «Le pacte scolaire : une norme para-légale exemplaire», in E. WITTE, J. DE GROOF et J. TYSENS (eds), *Het schoolpacte van 1958...*, *op. cit.*, pp. 659 à 661.

fédérations de pouvoirs organisateurs (543). C'est donc principalement en marge du droit que les établissements s'octroient des espaces d'autonomies. Comme la question des inscriptions l'a démontré, un tel comportement entraîne à son tour une régulation plus forte. Quant aux parents, leur rôle est également remis en question. La Cour affirme toujours qu'«il appartient en premier lieu aux parents d'un enfant de décider ce qui est dans l'intérêt de ce dernier» (544). Cette phrase paraît néanmoins anachronique lorsque, dans le cadre de l'enseignement privé, la Cour reconnaît aux pouvoirs publics le droit de décider ce qui convient le mieux à l'intérêt des enfants (545). Nous avons également pu souligner que lorsque la Cour fait des efforts afin de ménager un reliquat de liberté de choix, celui-ci ne porte plus que sur les options philosophiques. Le glissement de la liberté vers le droit à l'enseignement s'accompagne d'une montée en puissance du rôle de la Communauté, jusque là modeste si on le compare au rôle des pouvoirs publics dans les systèmes d'enseignement des autres États européens. La Communauté dispose désormais au feu de deux fers pour régir l'enseignement qu'elle n'organise pas : les subventions et l'intérêt supérieur de l'enfant.

118. L'enseignement supérieur partage globalement les deux premières périodes du droit de l'enseignement obligatoire : prédominance de la liberté organisationnelle dans un premier temps, du libre choix dans un deuxième temps. Il s'écarte ensuite, en tout cas partiellement, du chemin emprunté par l'enseignement obligatoire. La troisième génération du droit de l'enseignement supérieur est en effet marquée par l'entrée de ce niveau d'enseignement dans un processus d'internationalisation. C'est donc une logique exogène aux droits et libertés de l'article 24 qui sera le moteur de l'évolution de ce droit. Celle-ci réduit la liberté d'ouvrir et de maintenir un établissement, encadre le droit au subventionnement et menace la liberté pédagogique. Les droits des étudiants sont simultanément renforcés du moins en termes de participation, de droit à l'inscription et de liberté d'accès. Si ces droits peuvent réduire la liberté organisationnelle, il ne sera toutefois pas admis qu'ils freinent le processus d'internationalisation.

La redéfinition des rôles des acteurs de l'enseignement supérieur s'analyse plus difficilement. Certes les pouvoirs publics se renforcent notamment sur les aspects pédagogiques. D'un autre côté, il est reconnu une autonomie croissante aux établissements pour autant qu'ils entrent dans un cadre leur permettant d'être concurrentiel.

(543) D. DÉOM, «L'enseignement est libre...», *op. cit.*, p. 449.

(544) C.C., arrêt n° 119/2008, du 31 juillet 2008, B.8.2.2.

(545) M. EL BERHOUMI, «L'enseignement à domicile perquisitionné...», *op. cit.*, p. 703.

Ainsi, si liberté organisationnelle et libre choix sont restreints dans les deux niveaux d'enseignement, les immixtions procèdent de motifs différents. En témoigne la situation de l'enseignement privé : il est désormais encadré par le législateur soit, pour l'obligatoire, afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, soit, pour le supérieur, en réaction à la situation de concurrence internationale.

119. Cette troisième génération du droit à l'enseignement n'est pas encore arrivée pleinement à maturité. La logique n'a pas encore pu être poussée jusqu'au bout, entravée dans son élan qu'elle est par des obstacles qui, s'ils diffèrent dans l'obligatoire et le supérieur, ont une origine identique : les moyens financiers.

Dans l'enseignement obligatoire, la grande souplesse de l'application du principe d'égalité a frappé (546). Alors que le législateur aborde les questions pédagogiques d'une manière uniforme, quel que soit la nature de l'établissement considéré, qu'il a gommé les différences de statut des enseignants en ignorant ici aussi la spécificité juridique de l'employeur, il perpétue une importante différence de traitement dans le financement des établissements, selon que ceux-ci reçoivent une dotation ou une subvention. Sans exclure toute considération idéologique, il suffit de constater que les finances de la Communauté française ne lui permettent pas d'être aussi généreuse avec les établissements qu'elle subventionne qu'avec ceux qu'elle organise directement (547).

Dans l'enseignement supérieur, c'est le poumon du droit à l'enseignement, sa gratuité, qui se révèle particulièrement atrophié. Le droit international des droits de l'homme exige des Etats qu'ils cheminent vers la gratuité. La Constitution ignore cette feuille de route et la Communauté française y a manifestement renoncé, se contentant de s'efforcer de ne pas (trop) accroître les barrières financières à l'accès à l'enseignement supérieur. Il faut dire qu'elle semble déjà avoir perdu de vue que la priorité de l'ONU est de rendre effectivement gratuit l'enseignement primaire.

(546) Voy. déjà X. DELGRANGE, «L'égalité dans l'enseignement...», *op. cit.*, pp. 91-92.

(547) Pour un embryon de comparaison avec la Communauté flamande, voy. X. DELGRANGE, «Plaidoyer pour une étude de droit comparé intrafédéral de l'enseignement, une ébauche sur le thème des cours philosophiques à l'école», *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 319-335, sp. pp. 321-322.