

Introduction

1. – L'organisation de l'enseignement en Belgique est avant tout le fruit de l'histoire. Au lendemain de la Révolution, le Gouvernement provisoire proclama la liberté de l'enseignement. Il s'agissait d'une rupture par rapport au régime préventif imposé par la loi fondamentale néerlandaise¹.

«L'enseignement est libre» : par ces mots, le constituant originaire a exposé les fondements du système d'enseignement belge. Le Congrès national a considéré qu'il s'agissait d'adopter pour l'enseignement la même solution à la question générale de la liberté d'opinion et des cultes : la liberté en tout et pour tous. En procédant de la sorte, le Congrès national a estimé que la liberté d'enseignement n'était qu'un aspect particulier de la liberté d'opinion et des cultes². Afin de garantir le respect de ces libertés, le constituant a imposé un régime de concurrence pour l'enseignement dans lequel ni l'État ni l'Église ou toute autre personne privée ne peuvent revendiquer le monopole³.

2. – Dans sa première version, celle de 1831, l'article 17 de la Constitution disposait :

«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'État est également réglée par la loi».

En 1988, le constituant a souhaité accompagner la communautarisation de l'enseignement de l'inscription des principes du Pacte scolaire de 1958 dans la Constitution. C'est que ce Pacte résultait de l'équilibre atteint par «l'addition de deux déséquilibres aux sens opposés, présents en chacune des Communautés»⁴. La communautarisation de l'enseignement risquait de briser l'équilibre du Pacte scolaire – et donc de relancer d'interminables guerres scolaires – en transférant cette compétence à une Communauté flamande majoritairement catholique et à une Communauté française majoritairement laïque. C'est donc un souci d'équilibre et de pro-

¹ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleid tot het publiekrecht*, d. 2, *Overzicht publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 625 et 626.

² J. VELU, «Contenu et signification des droits fondamentaux dans le domaine de l'instruction», *A.P.T.*, 1982, p. 2.

³ X. DELGRANGE et L. DETROUX, «Les limites constitutionnelles à la privatisation», *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 47.

⁴ M. LEROY, «La communautarisation de l'enseignement», *J.T.*, 1989, p. 71.

tection des minorités idéologiques et philosophiques qui a conduit le constituant à modifier l'article 17 en y consacrant le libre choix de l'établissement, la gratuité de l'enseignement obligatoire, la neutralité de l'enseignement organisé par la Communauté, le choix, dans les écoles officielles, entre l'enseignement d'une des religions reconnues et un cours de morale non confessionnelle et la possibilité, pour la Communauté en tant que pouvoir organisateur, de déléguer des compétences à un organe autonome. D'autres ajouts à l'article 17 proviennent d'une montée en puissance de l'exigence d'égalité. Cette exigence se traduit par la consécration du droit à l'enseignement et de l'égalité, tant formelle que matérielle, des élèves, parents, membres du personnel et établissements.

En adoptant cette importante modification, le constituant a consacré au sein de la liberté d'enseignement un droit-créance, celui de recevoir une instruction⁵. Il répond ainsi à une carence du Congrès national qui, n'ayant pas prévu le développement de l'instruction publique, avait négligé l'aspect social du droit à l'instruction⁶. La première phrase de l'article 24, §3 de la Constitution dispose : « Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux ». Avant d'être consacré en droit interne, plusieurs dispositions internationales avaient reconnu ce droit à l'instruction. Il s'agit, entre autres, de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷ qui stipule que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » et de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸ dont les premiers mots sont : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation ». Inscrit dans la catégorie des droits sociaux, le droit à l'instruction poursuit comme objectif que « chaque citoyen dispose – tant dans l'ordre politique que dans l'ordre socio-économique – d'une liberté effective »⁹. En Belgique, ce droit s'accompagne de la garantie d'un libre choix, sans obstacle financier, entre les divers réseaux d'enseignement¹⁰.

⁵ F. DELPÉRÉE, « Constitution et enseignement », *A.P.T.*, 1989, pp. 214 et 224; M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 358.

⁶ P. DE VISSCHER, « Les principes constitutionnels en matière d'enseignement », *La revue politique*, 1955, p. 103.

⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 et Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952, approuvés par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

⁸ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, signé à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983.

⁹ J. DE GROOF, « Droit à l'instruction et liberté d'enseignement », *Documents du CEPES*, 1983, n^{os} 5-6, p. 56.

¹⁰ J. VELU, *op. cit.*, p. 23.

Suivant l'esprit du constituant de 1988, la Cour constitutionnelle pratique une lecture globale de l'article 17 devenu 24 afin de mettre en regard chacun des droits qu'il garantit pour ainsi « prévoir les implications des uns sur les autres, parfois les limitations apportées aux uns par les autres »¹¹. Ainsi, par exemple, elle estime que « du rapprochement de la première phrase du paragraphe 4 avec le premier paragraphe de l'article 17, il se déduit que l'égalité, en matière d'enseignement, garantit le libre choix des parents [...] 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 »¹².

3. – Pour assurer le respect de la liberté de l'enseignement, l'État n'est plus uniquement tenu à des obligations négatives. Il doit désormais également assumer des obligations positives. Ainsi, la Cour constitutionnelle a reconnu l'existence d'un droit au subventionnement pour les établissements libres, tout en traçant ses limites. « La liberté d'enseignement [...] 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 »¹³. Par ces mots, la Cour inscrit sa jurisprudence entre la consécration d'une effectivité de la liberté d'enseignement, qui se traduit par l'obligation positive de financement de l'enseignement qui n'est pas organisé par la Communauté, et la nécessité de laisser une marge de manœuvre suffisante au législateur, pour lequel le financement, ses bénéficiaires et son ampleur traduisent des choix politiques.

¹¹ 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? », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, p. 143.

¹² Cour const., arrêt 38/91 du 5 décembre 1991, B.3.5. et B.3.7, www.arbitrage.be. Sauf indication contraire, lorsque nous ferons, par la suite, une référence à un arrêt, il s'agira d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

¹³ Arrêt 25/92 du 2 avril 1992, 4.B.2.

Le droit au subventionnement fonde les restrictions que le législateur peut apporter à la liberté d'enseignement. La Cour constitutionnelle l'affirme clairement : « La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décrétal impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle »¹⁴. Cette phrase et les deux autres que nous avons citées plus haut formeront le considérant canonique de la Cour dès qu'une violation de la liberté d'enseignement sera alléguée¹⁵. Elles indiquent que, pour la plupart de ses destinataires, la liberté d'organiser un enseignement subventionné est fondamentalement conditionnelle¹⁶. Elle n'est absolue, moyennant la répression des délits et le respect des droits fondamentaux, que pour l'établissement qui renonce au financement par les pouvoirs publics et à la reconnaissance des diplômes qu'il délivre^{17,18}.

4. – La liberté d'enseignement a une dimension polymorphe. Classiquement¹⁹, on distingue trois aspects de la liberté d'enseignement en fonction de ses bénéficiaires.

Primo, lorsque ses destinataires sont les pouvoirs organisateurs, elle comprend la liberté d'ouvrir une école, de la maintenir et de déterminer son projet philosophique et religieux ainsi que ses méthodes pédagogiques. Elle implique une liberté de choix du personnel et de ses missions pour concrétiser sa tendance philosophique et pédagogique ainsi qu'un pouvoir de décision dans l'organisation de l'établissement²⁰.

¹⁴ Arrêt 85/95 du 14 décembre 1995, B.2.5.

¹⁵ Moyennant quelques variations qui seront bien souvent révélatrices des déplacements que la Cour opère dans cette matière durant la période sous revue. Voy. not. *infra*, n^{os} 81 et 89.

¹⁶ R. WITMEUR, « La Cour d'arbitrage (1989-1995) et le droit de l'enseignement », *J.T.*, 1996, p. 831.

¹⁷ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 140 et 141.

¹⁸ Il demeure néanmoins complexe d'évaluer l'étendue de la liberté de ce type d'établissement étant donné qu'aucun arrêt de la Cour constitutionnelle ne concerne spécifiquement leur situation. Pourtant, des atteintes décrétales à la liberté d'enseignement de ce genre d'établissement existent, même si, pour l'instant, elles demeurent limitées. Par exemple, le décret « Bologne » dispose en son article 7, alinéa 1^{er} : « Seuls les établissements habilités à dispenser un enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française peuvent porter le nom d'université, faculté, académie universitaire, haute école, institut supérieur d'architecture ou école supérieure des arts dans la région de langue française et, s'ils sont de la compétence de la Communauté française, dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. L'adjectif "universitaire" est réservé pour désigner des organes ou structures liées à ces mêmes établissements ». Il y a donc ici une mesure préventive imposée aux établissements d'enseignement même s'ils ne sont pas financés par la Communauté et même si les diplômes qu'ils délivrent ne font pas l'objet d'une reconnaissance de cette dernière.

¹⁹ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 233 à 241; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 627 à 637.

²⁰ M. BOSSUYT et G. GOEDERTIER, « Het Grondwettelijk Hof en de grondwettelijke vrijheid van onderwijs », *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 568 et 569.

Secundo, lorsqu'elle s'adresse aux parents et, dans certains cas, aux élèves, la liberté d'enseignement comprend le libre choix de l'école et le libre choix, dans les établissements organisés par les pouvoirs publics, entre l'enseignement d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle. Ces deux libertés sont, en outre, explicitement consacrées respectivement dans les alinéas 2 et 4 du 1^{er} paragraphe de l'article 24.

La Cour constitutionnelle pratique, elle-même, cette distinction entre ces deux aspects de la liberté d'enseignement en nommant le premier : liberté active, «c'est-à-dire le droit de créer un établissement d'enseignement», et le deuxième : liberté passive, «c'est-à-dire le droit de recevoir un enseignement»²¹. Ces qualificatifs sont relativement impropres. D'une part, ils donnent l'impression que l'exercice de la liberté de choix d'un établissement est une démarche passive. Or, ceci contredit l'idée même d'un choix. D'autre part, ils se font l'écho d'une conception dépassée de l'éducation où l'élève se limite à recevoir un enseignement sans y contribuer activement. Néanmoins, en l'absence de qualificatifs plus satisfaisants, nous continuerons, dans la suite de notre étude, à faire usage de ces termes, consacrés tant par la Cour constitutionnelle que par la doctrine, en particulier la doctrine flamande²².

Tertio, lorsque les destinataires de la liberté d'enseignement sont les professeurs et les chercheurs, celle-ci postule une liberté académique, c'est-à-dire une liberté qui recouvre notamment le choix des thèmes de réflexion, du contenu de l'enseignement, des méthodes pédagogiques et des orientations philosophiques et politiques²³.

5. – Ces trois aspects de la liberté d'enseignement s'imbriquent. Ainsi, la Cour constitutionnelle considère que «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»²⁴.

²¹ Arrêt 85/98 du 15 juillet 1998, B.3.8.

²² Not. J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 627 à 637, et J. DE GROOF, «Het onderwijs is vrij (art. 24, §1, al. 1 G.W.)», *T.O.R.B.*, 2006-2007, pp. 124 à 167.

²³ F. DELPÉRIÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 237.

²⁴ Arrêt 25/92 du 2 avril 1992, 4.B.3.

6. – On distingue trois réseaux d'enseignement financés par les pouvoirs publics : l'enseignement organisé par la Communauté, l'enseignement officiel subventionné (qui regroupe les écoles dont les pouvoirs organisateurs sont essentiellement les communes et les provinces) et l'enseignement libre subventionné (où l'on classe les écoles, d'inspiration confessionnelle ou non, organisées par l'initiative privée). La loi du 14 juillet 1975²⁵ a introduit dans la loi du Pacte scolaire la définition de l'école pluraliste ainsi que ses conditions de reconnaissance. L'on ne peut néanmoins parler aujourd'hui d'un réseau pluraliste vu le très faible succès qu'a connu ce concept. Par ailleurs, les dispositions relatives à l'école pluraliste ont été abrogées en Flandre²⁶, sans que la Cour constitutionnelle y voie une atteinte à l'égalité ou à la liberté en matière d'enseignement²⁷.

La liberté d'enseignement n'a pas la même portée selon le réseau du pouvoir organisateur auquel elle s'adresse. Particulièrement dans sa dimension active, cette liberté s'adresse surtout à l'enseignement libre subventionné. Le Conseil d'État a ainsi affirmé que cette liberté ne concerne nullement la Communauté française en sa qualité de pouvoir organisateur puisqu'il y a, en ce qui la concerne, une obligation d'organiser un enseignement²⁸. Sans que l'on puisse aller jusque-là pour l'enseignement officiel subventionné, l'autonomie provinciale ou communale dans le domaine scolaire nous semble, elle aussi, limitée par les obligations légales d'organiser un enseignement²⁹.

L'organisation de l'enseignement en Belgique a toujours été marquée par les relations entre les réseaux pour lesquels il a fallu trouver un équilibre entre deux traitements extrêmes « soit une distinction radicale, l'enseignement libre restant confiné dans une sphère totalement privée et ne pouvant revendiquer aucune aide étatique, soit une assimilation complète »³⁰. La Cour constitutionnelle n'a pas manqué de rappeler que le constituant a confié à chaque Communauté la responsabilité d'assurer la paix scolaire³¹,

²⁵ Loi du 14 juillet 1975 modifiant les lois du 29 mai 1985 et du 11 juillet 1973 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, ainsi que les lois sur l'enseignement primaire, coordonnées par l'arrêté royal du 20 août 1957, *M.B.*, 13 août 1975.

²⁶ Décret de la Communauté flamande du 25 février 1997 relatif à l'enseignement fondamental, *M.B.*, 17 avril 1997, article 185.

²⁷ Arrêt 85/98 du 15 juillet 1998, B.4.1. à B.4.6.

²⁸ C.E., *Ville de Bruxelles*, arrêt n° 82.213 du 10 septembre 1999.

²⁹ Et ce dès la loi organique de l'instruction primaire du 23 septembre 1842.

³⁰ X. DELGRANGE, « L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Quel(s) droit(s) dans l'enseignement ? Enseignants, parents, élèves*, Bruges, La Chartre, 1994, p. 53.

³¹ « L'article 59bis, § 2, 2°, de la Constitution, tel qu'il avait été introduit par la révision du 24 décembre 1970, réservait à la compétence du législateur national, notamment, "ce qui a trait à la paix scolaire". La suppres-

c'est-à-dire un compromis entre ces deux traitements. Cette notion de paix scolaire n'est pas explicitement mentionnée dans l'article 24. Elle est pourtant directement issue du Pacte scolaire³². Cela signifie-t-il que le législateur doit assurer la paix scolaire de la même manière qu'en 1959? Comme le révèle l'arrêt 38/91 du 5 décembre 1991, la réponse de la Cour à cette question est ambiguë : « 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. [...] Toutefois, dès lors qu'il existe des différences objectives pouvant justifier un traitement différent, le législateur décentralisé peut s'inspirer des mesures par lesquelles, avant la révision simultanée des articles 59bis et 17 de la Constitution, le législateur national avait assuré la paix scolaire »³³.

7. – La Haute juridiction a, en outre, apporté son concours à la recherche de l'équilibre que ce compromis postule. Dans un célèbre considérant, la Cour établit une distinction fondamentale entre les réseaux : « 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 »³⁴.

Toutefois, il arrive fréquemment à la Cour d'affirmer que la liberté d'enseignement « n'empêche pas que le législateur compétent, en vue d'assurer la qualité et l'équivalence de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, prenne des mesures qui soient applicables de manière générale aux établissements d'enseignement, indépendamment de la spécificité de l'enseignement dispensé par ceux-ci »³⁵.

sion de cette réserve par la révision du 15 juillet 1988 signifie non que cet objectif aurait été abandonné mais que désormais c'est à chaque Communauté, dont les compétences en matière d'enseignement ont été élargies, qu'il appartient de veiller à ce que la paix scolaire, telle qu'elle est désormais consacrée par l'article 17 de la Constitution, ne soit pas compromise ». Arrêt 38/91, B.3.8.

³² R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. 2, *Les droits et libertés*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 192.

³³ B.3.7. et B.3.8.

³⁴ Arrêts 26/92 du 2 avril 1992, 3.B.6. et 27/92 du 2 avril 1992, 4.B.2. Nous reviendrons sur cette distinction par après (n° 82).

³⁵ Arrêt 76/96 du 18 décembre 1996, B.6.

La combinaison de ces motifs met en lumière les difficultés d'assurer l'équilibre entre les réseaux : d'un côté, il y a la liberté d'enseignement qui assure le maintien des spécificités du réseau libre subventionné et, de l'autre, il y a l'exigence d'égalité ainsi que les motifs d'intérêt général dont l'équivalence entre toutes les formes d'enseignement qui poussent le législateur à harmoniser, voire uniformiser les règles applicables aux différents réseaux.

8. – La liberté d'enseignement s'insère dans un cadre juridique complexe : sa consécration s'accompagne désormais de droits-créances en matière d'enseignement, elle impose des obligations positives et négatives à l'État, elle est tricéphale – active, passive et académique – et s'inscrit dans l'existence de trois réseaux d'enseignement. Il faut ajouter à cette complexité les mutations qu'a connues, ces dernières années, la liberté d'enseignement. En effet, les législateurs décrets ainsi que la Cour constitutionnelle ont progressivement réduit la portée de la liberté d'enseignement.

C'est cette évolution récente, dans ce cadre juridique, que notre étude propose d'analyser. Nous nous centrerons pour cela sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Celle-ci est l'interprète privilégiée des normes dont elle est appelée à assurer le respect. La lecture de ses arrêts sur la liberté d'enseignement met en lumière les limites de cette liberté, la manière dont elle s'articule avec l'intérêt général.

Nous prendrons comme point de départ l'année 1999, dans la continuité de la chronique de jurisprudence de Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier³⁶. Celle-ci avait l'avantage de se situer dans le contexte de l'adoption du décret « missions » qui fut révélateur d'un mouvement vers une conception de plus en plus restrictive de la liberté d'enseignement.

9. – Notre analyse se déroulera en cinq temps. Nous commencerons par commenter les arrêts de la Cour constitutionnelle qui concernent la liberté active de l'enseignement (**I**). Nous consacrerons ensuite quelques développements aux conflits qui opposent la liberté active et le principe d'égalité, tous deux proclamés par l'article 24 (**II**). Après cela, nous aborderons les arrêts relatifs à la liberté passive d'enseignement (**III**) et l'unique arrêt qui concerne la liberté académique (**IV**). Enfin, nous nous essaierons

³⁶ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 131 à 209. D'autres chroniques de jurisprudence sont consacrées à la période de 1989 à 1998, ou à une partie de celle-ci : R. WITMEUR, *op. cit.*, pp. 825 à 838, A. ALEN, « De actieve vrijheid van onderwijs in de rechtspraak van het Arbitragehof (1996-2003) », *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstegen*, Bruges, Die Keure, 2004, pp. 5 à 9, et J. DE GROOF, « Het onderwijs is vrij (art. 24, § 1, al. 1 G.W.) », *op. cit.*, pp. 124 à 167.

à une synthèse où nous évaluerons l'étendue que la Cour constitutionnelle laisse au principe de liberté d'enseignement à la suite de cette jurisprudence (V).

Si notre étude consiste en grande partie à mettre en lumière les solutions que la Cour adopte dans cette matière et, donc, à reproduire les considérants importants prononcés par la Cour lorsqu'une violation de la liberté d'enseignement est alléguée, elle ne s'y limite pas. À une telle chronique de jurisprudence, nous voudrions ajouter une dimension critique tout en privilégiant une analyse transversale. Il ne s'agira pas de formuler notre appréciation politique des atteintes à la liberté d'enseignement et de la manière dont la Cour les censure ou les maintient. Nous nous limiterons à une analyse juridique qui portera essentiellement sur la qualité de la motivation de la Cour, la cohérence de ses arguments, leur complétude ainsi que sur les évolutions dans la manière dont la Cour examine les atteintes à chacun des aspects de la liberté d'enseignement. Bien que les arrêts de la Cour constitutionnelle constitueront notre matière première privilégiée, nous réserverons une attention particulière aux avis de la section de législation du Conseil d'État. Nous tenterons également de replacer, autant que faire se peut, les aspects particuliers concernés par les arrêts étudiés dans le contexte de leur évolution législative.

I

La liberté active

10. – Pour rappel³⁷, la liberté active d’enseignement se décline en une liberté d’ouvrir une école, de la maintenir et de déterminer son projet philosophique et religieux (**a**) ainsi que ses méthodes pédagogiques (**b**). Elle implique une liberté de choix du personnel pour concrétiser sa tendance philosophique et pédagogique (**c**) et un pouvoir de décision dans l’organisation de l’établissement (**d**). Treize arrêts de la période étudiée concernent directement cette liberté.

a) Ouvrir et maintenir une école subventionnée

11. – Bien qu’au cœur de la liberté d’enseignement, la liberté d’ouvrir une école subventionnée n’est plus absolue. Elle est, depuis la loi du 11 juillet 1973³⁸, subordonnée au respect de plans de rationalisation et de programmation. Ces plans ont été confirmés et renforcés par divers décrets³⁹. Ils modifient radicalement la conception de la liberté d’ouvrir et de maintenir une école puisque celle-ci est désormais conditionnée « par la fréquentation d’un nombre minimal d’élèves »⁴⁰. La Cour constitutionnelle s’inscrit dans cette nouvelle conception. Depuis l’arrêt 25/92 du 2 avril 1992, elle ne cesse de répéter que le droit au subventionnement peut être limité par le respect de normes de population scolaire et la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté⁴¹. La Cour a même été plus loin en affirmant que les plans de rationalisation et de programmation traçaient « les limites dans lesquelles

³⁷ Voy. *supra*, n° 4.

³⁸ Loi du 11 juillet 1973 modifiant la loi du 29 mai 1959 relative à l’enseignement gardien, primaire, moyen, normal, technique, artistique et spécial, *M.B.*, 30 août 1973.

³⁹ Pour les références en Communauté française, voy. X. DELGRANGE, « Le Conseil d’État décline toute compétence à l’égard des établissements d’enseignement libre. Vers l’abandon du critère fonctionnel pour définir l’autorité administrative ? », *R.R.D.*, 2000, p. 537.

⁴⁰ X. DELGRANGE, *loc. cit.*

⁴¹ B.4.2. À noter que, dans l’arrêt 85/95, la Cour parlait de « certaines normes de population scolaire » (B.2.5.). Ceci a été confirmé dans l’arrêt 73/96, B.3.2. Il s’agissait là probablement d’une volonté du juge constitutionnel de réduire la possibilité de limiter la liberté active par les plans de rationalisation et de programmation. Toujours est-il que dès l’arrêt 76/96 le mot « certaines » a mystérieusement disparu (B.4.3.).

peuvent s'exercer notamment le droit d'organiser un enseignement et, par conséquent, le libre choix des parents »⁴².

12. – Néanmoins, cette tolérance de la Cour ne signifie pas que le législateur décréteil puisse limiter de manière disproportionnée la liberté d'ouvrir et de maintenir une école sous le couvert d'arguments budgétaires. Ainsi, par le biais d'une question préjudicielle, la Cour a été amenée à se prononcer sur la validité des règles relatives au plan de rationalisation et de programmation en vigueur en Communauté flamande⁴³. La requérante devant la juridiction *a quo* est une association organisant une école qui applique les méthodes préconisées par Rudolf Steiner. Faute de compter un nombre suffisant d'élèves et à la suite du rejet de sa demande de dérogation au plan de rationalisation, l'école organisée par cette A.S.B.L. a perdu son droit au subventionnement. Dans le cadre de la question préjudicielle, la requérante reprochait aux dispositions en cause de ne pas respecter la liberté d'enseignement en ne prévoyant aucune norme préférentielle pour les écoles non caractérisées ou ayant leur caractère propre. En effet, ces écoles ne peuvent s'associer en une communauté scolaire permettant de bénéficier de normes préférentielles. Elles doivent, dès lors, recourir à une procédure de dérogation que la requérante juge contraire à la liberté d'enseignement pour deux raisons. D'une part, la requérante relève que les écoles non caractérisées ou ayant un caractère propre ne peuvent faire appel qu'à des procédures spéciales de dérogation où leur spécificité n'est pas prise en compte dans la décision de dérogation. D'autre part, la requérante estime que les règles en cause permettent d'obtenir une dérogation uniquement au plan de programmation et non au plan de rationalisation⁴⁴. La Cour apporte sa réponse dans l'arrêt **14/2000** du 12 février 2000. Rappelant que la liberté d'enseignement couvre en plus du droit d'ouvrir une école sur la base d'un projet philosophique ou religieux, la liberté «de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif»⁴⁵, la Cour estime que les mesures en question s'opposent à la liberté d'enseignement. Elle juge qu'obliger les écoles qui ne font pas partie d'un centre scolaire à «recourir à une procédure que le législateur présente comme

⁴² Arrêt 45/94 du 1^{er} juin 1994, B.8.

⁴³ Article 3, §2, alinéa 6 et §3, aliéna 2, de la loi, dite du Pacte scolaire, du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement, *M.B.*, 19 juin 1959.

⁴⁴ Les normes de programmation concernent l'organisation ou le subventionnement de nouveaux centres, établissements, sections ou autres subdivisions. Les normes de rationalisation concernent le maintien ou la poursuite du subventionnement des centres, établissements, sections ou autres subdivisions existants.

⁴⁵ B.3.1. Ceci a déjà été formulé plusieurs fois par la Cour notamment dans l'arrêt 25/92 (B.4.3.).

exceptionnelle»⁴⁶ entrave ou menace la continuité de leur enseignement. De plus, elle considère ces mesures disproportionnées en ce qu'elles ne prévoient de dérogations que pour le plan de programmation et non pour les critères de rationalisation.

On peut relever que, dans ses motifs, la Cour constitutionnelle s'écarte de l'appréciation du Gouvernement pour qui les dérogations en ce domaine doivent être considérées comme des faveurs qui n'empportent pas la reconnaissance d'un droit aux dérogations⁴⁷. La Cour déduit de la liberté d'enseignement une obligation à charge de l'autorité de prévoir des dérogations à de telles normes pour les établissements à pédagogie particulière.

13. – Si la Cour semble ainsi protéger le droit de maintenir une école, elle ouvre néanmoins une brèche importante lorsqu'elle reconnaît que la rationalisation de l'offre d'enseignement est «nécessaire»⁴⁸. Si l'objectif d'économie de moyens est légitime, si la rationalisation est un moyen adéquat pour y parvenir, peut-on aller jusqu'à considérer que la rationalisation est la voie la moins dommageable pour parvenir à cet objectif⁴⁹? La Cour effectue-t-elle d'abord un test de nécessité afin de répondre à cette question? Nous n'en sommes guère convaincu. Le problème est que, par essence, le mécanisme de rationalisation tend à restreindre la liberté d'enseignement. En limitant la possibilité d'ouvrir une école ou d'en assurer la continuité, les mécanismes de rationalisation, même tempérés par des dérogations, menacent également la liberté de choix des parents. Dès lors, déclarer que la rationalisation est nécessaire a de larges conséquences sur la portée de la liberté d'enseignement.

14. – C'est d'ailleurs dans cette brèche que s'engouffre la Cour dans son arrêt 44/2005 du 23 février 2005. Cet arrêt concerne l'enseignement supérieur où le phénomène de rationalisation prend une tout autre ampleur car il vient s'ajouter à un processus de rapprochement des différents types d'enseignement vers l'enseignement universitaire, ce que l'on appelle, en Flan-

⁴⁶ B.3.4.

⁴⁷ A.2.3.

⁴⁸ B.4.3. Ce terme figure déjà dans l'arrêt 36/97, B.5.1.

⁴⁹ Nous en doutons fortement. Voy. not. les propositions de l'économiste Robert Deschamps afin d'assurer une meilleure allocation des moyens dans l'enseignement sans procéder à des rationalisations. R. DESCHAMPS, «Enseignement francophone : qu'avons-nous fait du refinancement?», *Cahiers de recherche de la Faculté des sciences économiques, sociales et de gestion de Namur*, 2006, n° 33, pp. 10 à 14, et R. DESCHAMPS, «Enseignement francophone. On peut faire mieux, mais comment?», *Cahiers de recherches du CERPE*, 2008, n° 34, pp. 8 à 14.

dre, l'académisation⁵⁰. C'est contre le décret flamand du 4 avril 2003 qu'est dirigé le recours en annulation examiné dans l'arrêt 44/2005. Ce recours invoque une triple violation de la liberté d'enseignement. La première violation que pointent les requérants est l'obligation des instituts supérieurs, qui souhaitent offrir des formations académiques, de s'associer avec des universités et de transférer une partie de leurs compétences aux associations ainsi créées. Cette violation serait renforcée par le fait que les instituts fondés sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle unique seraient exclus par ce système faute de partenaire qui partage la même approche philosophique. La seconde violation se situerait dans le régime d'accréditation instauré qui constituerait, toujours selon les parties requérantes, une mesure préventive pouvant porter atteinte au droit d'organiser un enseignement selon sa propre conception. La troisième violation viendrait de l'arrêt temporaire de la programmation de nouvelles formations jusqu'à l'année académique 2006-2007.

Se prononçant sur la première violation, la Cour juge légitimes les objectifs poursuivis, à savoir « améliorer la collaboration mutuelle entre les institutions et rationaliser l'offre de formations qu'elles organisent » dans le but plus général d'assurer « la qualité de l'enseignement supérieur et l'utilisation efficace des deniers publics »⁵¹. La Cour relève, ensuite, que s'il y a effectivement, pour les instituts supérieurs qui souhaitent proposer des formations menant au grade de bachelier ou de master, une obligation de s'associer, ces instituts demeurent libres de choisir l'université avec laquelle ils s'associeront. De plus, si la Cour confirme qu'il y a transfert de compétences des instituts aux associations, elle ajoute qu'étant donné que les associations sont constituées sous forme d'A.S.B.L., ses membres participent à l'établissement de ses structures de décision et disposent d'un « droit de codécision dans le processus de décision lui-même »⁵². Par conséquent, la Cour estime que la liberté d'enseignement n'est pas affectée de manière substantielle. Dans un même mouvement, la Cour refuse la thèse de la violation de la liberté d'enseignement par l'arrêt de la programmation car cette mesure, transitoire, se justifie par « la complexité de la réforme de l'offre de formations existante »⁵³. Elle rejette le recours moyennant une

⁵⁰ Pour la liste des décrets qui ont implémenté le processus de Bologne en Flandre, voy. E. CLYBOUW, « Het arbitragehof en de bamahervorming », *T.O.R.B.*, 2004-2005, p. 506 et 507.

⁵¹ B. 18.2. et B.19.

⁵² B.20.4.

⁵³ B.24.2.

annulation et une réserve d'interprétation étrangères à la liberté d'enseignement⁵⁴.

La motivation de la Cour est critiquable sur certains points, déficiente sur d'autres.

15. – Critiquable nous paraît la manière dont la Cour se cache derrière le choix de l'université partenaire pour admettre les associations obligatoires. À partir du moment où la liberté active est liée à la liberté d'association⁵⁵, n'y a-t-il pas une violation de celle-ci dans la mesure où elle emporte le droit de ne pas s'associer⁵⁶? N'y a-t-il pas également violation du principe selon lequel les pouvoirs organisateurs ont la liberté de choisir la forme juridique par laquelle ils exercent leurs prérogatives⁵⁷? Un pouvoir de codécision laisse-t-il intact la compétence de décision finale du pouvoir organisateur, autrefois essentielle pour la Cour constitutionnelle⁵⁸? Les marges de manœuvre, théoriques ou réelles, des instituts supérieurs dans le choix de l'université partenaire et dans le pouvoir de codécision au sein de l'association ne peuvent compenser seules l'ampleur de l'atteinte à la liberté active de l'enseignement.

⁵⁴ Pour information, l'annulation en question est fondée sur une violation de l'article 127, § 1^{er}, 2^o, b) de la Constitution qui réserve au législateur fédéral la compétence exclusive de régler « les conditions minimales pour la délivrance des diplômes ». Le décret du 4 avril 2003 permettait aux universités de délivrer, après trois ans, un diplôme de bachelier professionnalisant. La Cour a jugé cette disposition incompatible avec l'article 1^{er}*bis* des lois sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires, coordonnés par l'arrêté du Régent du 31 décembre 1949 qui fixe la durée minimale pour l'obtention d'un diplôme de fin d'études universitaires à quatre ans. Il est relativement piquant de constater qu'il y a plus d'un demi-siècle, le législateur national a perçu le risque de professionnalisation de l'enseignement universitaire. Quant à la Communauté française, le décret « Bologne » conforte les diplômes de 1^{er} cycle universitaire dans une optique non professionnalisante. Pour une analyse fort détaillée de la motivation de la Cour sur ce point, voy. E. CLYBOUW, *op. cit.*, pp. 507 à 516.

⁵⁵ Voy. *infra*, n^o 39.

⁵⁶ Dans cet esprit, la section de législation du Conseil d'État s'est interrogée sur la constitutionnalité des dispositions du décret « Bologne » relatives aux Académies universitaires. « 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 ». Avis n^o 36.275/2 du 14 janvier 2004, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n^o 498/1, p. 113. Pour de plus amples développements sur la liberté d'association, voy. *infra*, n^o 39.

⁵⁷ Cette liberté est notamment identifiée par E. MAES, « De verplichte inspraak in de onderwijsinstelling in de Vlaamse en Franse Gemeenschap : een dialoog tussen de decreetgever, de Raad van State en het Arbitragehof », *T.O.R.B.*, 2006-2007, p. 375.

⁵⁸ Arrêt 85/95, B.2.7. Voy. *infra*, n^o 35.

16. – Déficitaire, la motivation l'est sur des éléments importants. Légitimement, la Cour ne se prononce pas sur le caractère préventif des accréditations⁵⁹ étant donné que les dispositions ont été modifiées par un décret ultérieur. En revanche, l'on peut remarquer que si le souci de permettre aux établissements, qui épousent des conceptions pédagogiques spécifiques, de déroger aux plans de rationalisation et de programmation avait conduit la Cour à reconnaître une violation dans l'arrêt 14/2000⁶⁰, la Cour élude ici cette question bien qu'elle ait été soulevée par les parties requérantes⁶¹. Si l'absence d'un mécanisme de dérogation à des restrictions de la liberté active conduit à une violation essentielle de la liberté d'enseignement pour les établissements de l'obligatoire, il n'en va pas de même pour l'enseignement supérieur. Cet arrêt semble ainsi indiquer que la Cour est davantage encline à admettre les restrictions de la liberté active dans l'enseignement supérieur que dans l'enseignement obligatoire. Cette différence de traitement se confirme dans les arrêts relatifs à des violations alléguées de la liberté pédagogique⁶².

17. – En tout cas, cet arrêt confirme la légèreté avec laquelle Cour valide des restrictions de la liberté d'enseignement pour des motifs budgétaires⁶³. Le contexte budgétaire du Pacte scolaire de 1958 permettait des largesses en matière de développement de l'offre d'enseignement. C'est pourquoi ont été consacrées tant une liberté quasi absolue pour un pouvoir organisateur relevant de l'initiative privée d'ouvrir des écoles qu'une obligation, pour l'État, d'assurer une liberté de choix sur l'ensemble du territoire. Le protocole au Pacte scolaire du 4 avril 1973 freine largement cette générosité en prenant comme objectif la rationalisation et la programmation applicables à toutes les formes d'enseignement⁶⁴. Si cette évolution peut se comprendre, en particulier après que la compétence de l'enseignement a été transférée aux mains de Communautés structurellement sous-financées, il nous semble qu'il appartient à la Cour constitutionnelle de baliser ce processus pour que la liberté de choix ne soit pas réduite à une peau de chagrin. Cette protection de la liberté d'enseignement paraît surtout essentielle dans l'enseignement supérieur où le processus de rationalisation se poursuit à

⁵⁹ Il faudra, pour cela, attendre l'arrêt 2/2006. Voy. *infra*, n° 27.

⁶⁰ Voy. *supra*, n° 12.

⁶¹ Arrêt 44/2005, A.12.2.

⁶² Voy. *infra*, nos 21, 27 et 28.

⁶³ D. DÉOM, «L'enseignement est libre : quel avenir pour une petite phrase riche de passé?», *Itinéraires d'un constitutionnaliste, en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 441.

⁶⁴ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 175.

une vitesse déconcertante⁶⁵. Si la rationalisation répond à un nouveau contexte budgétaire, n'est-elle pas contradictoire avec la croissance constante de la population étudiante qui exige, quant à elle, une offre plus importante ?

18. – À cet égard, on notera qu'un recours en annulation a été introduit contre la limitation de la liberté active que peut entraîner le régime d'habilitation mis en place par le décret «Bologne» du 31 mars 2004⁶⁶. Dans l'arrêt **167/2005** du 23 novembre 2005, des professeurs de l'Université de Liège reprochaient au législateur d'avoir privé leur université de prodiguer son enseignement dans la Région de Bruxelles-Capitale, ce qui, selon eux, est une restriction géographique contraire à la liberté d'enseignement qui empêche «la Communauté française d'assurer son obligation d'organiser un enseignement universitaire neutre accessible à tous sur l'ensemble de son territoire»⁶⁷. Faute d'intérêt, la Cour a jugé le recours irrecevable sur ce moyen. Elle confirme par là que la liberté active s'adresse aux pouvoirs organisateurs et non aux enseignants⁶⁸. Nul doute pourtant que ce recours aurait pu donner des motifs intéressants. Sur ce point, le Conseil d'État, dans son avis sur l'avant-projet devenu le décret «Bologne», fait une comparaison pertinente entre, d'une part, la limitation de l'offre dans l'enseignement obligatoire «atteinte par des normes générales et abstraites de programmation et de rationalisation» qui permet à une école ou à une sec-

⁶⁵ Pour prendre le cas de la Communauté française, après les fusions obligatoires des instituts supérieurs par le décret du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en Hautes écoles, le législateur décréte, pour encourager les fusions entre hautes écoles, a instauré un mécanisme d'incitation financière (article 85 du décret du 30 juin 2006 modernisant le fonctionnement et le financement des hautes écoles, *M.B.*, 14 août 2006) dont on peut dire que l'efficacité est proportionnelle au sous-financement des hautes écoles. Parallèlement, une vague de fusions entre type long des Hautes écoles et universités a été inaugurée par les décrets du 19 mai 2004 et du 13 décembre 2007 intégrant respectivement la Haute école de commerce à l'ULg et l'École des interprètes internationaux à l'UMons. En ce qui concerne les universités, le décret «Bologne» du 31 mars 2004 a cliché la liste des institutions universitaires et a défini les formations qu'elles peuvent dispenser et les lieux où ces enseignements peuvent être donnés. Ce même décret organise le regroupement des universités autour de trois académies tout en créant un cadre décretaal pour les fusions des membres des académies ainsi qu'un incitant par le transfert de la partie fixe de financement aux Académies à partir de 2016 (article 117). Le législateur a déjà pris soin d'organiser directement la fusion de certaines institutions universitaires en intégrant la Faculté agronomique de Gembloux à l'Université de Liège et en fusionnant l'Université de Mons-Hainaut et la Faculté polytechnique de Mons (décret du 28 novembre 2008 portant intégration de la Faculté universitaire des sciences agronomiques de Gembloux au sein de l'Université de Liège, création de l'Université de Mons par la fusion de l'Université de Mons-Hainaut et de la Faculté polytechnique de Mons, restructurant les habilitations universitaires et refinançant les Universités, *M.B.*, 10 février 2009). Enfin, un décret intégrant les Instituts supérieurs d'architecture aux universités vient d'être adopté par le Parlement de la Communauté française.

⁶⁶ Décret du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités, *M.B.*, 18 juin 2004.

⁶⁷ A.9.2.

⁶⁸ Voy. *supra*, n° 4.

tion d'être créée ou subventionnée pour autant qu'elle compte un nombre minimal d'élèves et, d'autre part, l'habilitation individuelle, « qui ne permet pas le subventionnement de nouvelles institutions ou l'organisation de nouveaux cours par les institutions existantes »⁶⁹. Pour le Conseil d'État, la première méthode de rationalisation de l'offre est davantage respectueuse de la liberté d'enseignement. Nous sommes enclins à lui donner raison.

b) Déterminer le contenu et les méthodes de l'enseignement dispensé

19. – L'article 6 de la loi du Pacte scolaire énonce : « À condition de respecter un programme et un horaire minimum légalement fixés, chaque pouvoir organisateur jouit pour son réseau d'enseignement, et même pour chaque institution d'enseignement, de la liberté d'aménager ses horaires, et sous réserve d'approbation ministérielle, en vue d'assurer le niveau des études, d'élaborer ses programmes. Chaque pouvoir organisateur est libre en matière de méthodes pédagogiques ». Michel Leroy dit de cet article qu'il « 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 »⁷⁰. Ces mots datent d'avant les décrets flamands du 22 février 1995⁷¹ et du 24 juillet 1996⁷² et d'avant le décret « missions » du 24 juillet 1997⁷³. Compte tenu des changements que ces décrets ont entraînés⁷⁴, nul doute qu'aujourd'hui ce constat ne peut être que renforcé. Par l'introduction, pour la Communauté flamande, des objectifs de développement et des objectifs finaux et, pour la Communauté française, des compétences et savoirs communs, des socles de compétences, des profils de formation, ces décrets ont rendu l'article 6 de la loi du Pacte scolaire sans

⁶⁹ Avis n° 36.275/2 du 14 janvier 2004, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 498/1, p. 112.

⁷⁰ M. LEROY, « La liberté d'organiser un enseignement et la liberté de choisir un enseignement », *Quels droits dans l'enseignement ? Enseignants, parents, élèves*, Bruges, La Chartre, 1994, p. 23.

⁷¹ Décret de la Communauté flamande du 22 février 1995 sanctionnant les objectifs de développement et les objectifs finaux de l'enseignement maternel et primaire ordinaire, *M.B.*, 19 mai 1995 qui fut remplacé, après l'arrêt 76/96, par le décret de la Communauté flamande du 15 juillet 1997 sanctionnant les objectifs de développement et les objectifs finaux de l'enseignement fondamental ordinaire, *M.B.*, 28 août 1997.

⁷² Décret de la Communauté flamande du 24 juillet 1996 sanctionnant les objectifs finaux et les objectifs de développement du premier degré de l'enseignement secondaire ordinaire, *M.B.*, 14 août 1996.

⁷³ Décret de la Communauté française 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, *M.B.*, 23 novembre 1997.

⁷⁴ Voy. not. X. DELGRANGE, « Analyse juridique de l'élaboration du décret "missions" », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, pp. 55 à 67.

objet⁷⁵. Cela ne signifie pas pour autant que la liberté active de l'enseignement ne comprend plus la liberté de choix des méthodes pédagogiques. Mais le corset de cette liberté est plus serré qu'auparavant si bien qu'il y a lieu de se demander si les exceptions qui y ont été apportées ne sont pas plus importantes que le principe.

20. – Néanmoins, le décret flamand du 22 février 1995 n'a pas résisté au contrôle de la Cour constitutionnelle. Dans l'arrêt **76/96** du 18 décembre 1996, la Cour a considéré que les objectifs de développement et les objectifs finaux « sont à ce point vastes 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 »⁷⁶. La Cour a ajouté qu'en sanctionnant ces objectifs sans organiser « une procédure permettant d'accorder des dérogations limitées à des établissements qui dispensent ou souhaitent dispenser, dans le respect des libertés et droits fondamentaux et sans porter atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au contenu requis, un enseignement qui s'inspire de conceptions pédagogiques particulières, le législateur décréte viole la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, §1^{er}, de la Constitution »⁷⁷.

Si, dans cet arrêt, la Cour semble sévère avec les ingérences dans la liberté pédagogique des établissements, son attitude changera par la suite, lors de l'examen des décrets francophones qui limitent cette liberté.

21. – Le décret « missions » n'a fait l'objet d'aucun recours en annulation. Cela montre le niveau du consensus dont il a fait preuve au sein du monde éducatif⁷⁸. Un tel consensus a facilité ce qu'on a pu appeler un changement de la Constitution par une voie para-légale conduisant à réduire la portée d'une de ses prescriptions sans le réviser, via un décret fondamental largement tenu pour légitime⁷⁹.

⁷⁵ X. DELGRANCE, « Le Conseil d'État décline toute compétence à l'égard des établissements libres », *op. cit.*, p. 539.

⁷⁶ B.9.

⁷⁷ B.10.

⁷⁸ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 189. Ce consensus découle du fait que chacun, y compris les pouvoirs organisateurs des établissements libres subventionnés, pouvait trouver son compte dans la version finale du décret.

⁷⁹ H. DUMONT, « Du Pacte scolaire au décret "missions", quels déplacements? Approche juridique », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, p. 504.

Toutefois, le consensus autour du décret « missions » ne déborda pas sur le décret du 26 avril 1999, dit décret « socles »⁸⁰, qui, tout en étant adopté dans la continuité de ce premier, fit l'objet d'un recours en annulation. L'arrêt **49/2001** du 18 avril 2001 fournit des éclairages intéressants sur la manière dont la Cour appréhende désormais la liberté pédagogique. Les parties requérantes reprochaient à certaines dispositions du décret d'imposer une conception pédagogique particulière alors que, selon elle, une obligation de neutralité des autorités découle de l'article 24, § 1^{er}. Cette obligation ne les autorise pas « à édicter des socles de compétences aussi pointus, détaillés et assortis d'aucune exception, afin d'imposer une certaine conception de l'homme et de la société à partir de laquelle sont fixés les fondements de l'enseignement »⁸¹. Dans son examen des griefs, la Cour reconnaît que le décret attaqué poursuit des buts légitimes, à savoir la qualité et l'équivalence de l'enseignement, par des moyens adéquats. Toutefois, elle condamne ce qu'elle estime être une atteinte disproportionnée à la liberté d'enseignement. Faisant sienne la thèse des requérants, elle juge la description des socles de compétences « à ce point étendue et détaillée qu'elle ne peut raisonnable être considérée comme un "référentiel" de base ». Elle ajoute que « la "confirmation" des socles de compétences [...] en précisant de manière trop contraignante des modes d'apprentissage, ne laisse pas suffisamment de latitude au pouvoir organisateur pour mettre en œuvre son propre projet pédagogique »⁸² avant de conclure qu'« en n'organisant pas une procédure permettant d'accorder des dérogations, limitées, aux pouvoirs organisateurs qui – dans le respect des libertés et droits fondamentaux et sans porter atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au contenu de base ni à l'équivalence des certificats et diplômes – dispensent ou souhaitent dispenser un enseignement qui s'inspire de conceptions pédagogiques particulières, le législateur décretaal viole la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution »⁸³.

22. – Dans les cinq années qui séparent les arrêts 76/96 et 49/2001, l'appréciation du respect de la liberté d'enseignement a manifestement évolué vers une plus grande souplesse. Cette évolution se marque par deux différences. *Primo*, dans l'arrêt 76/96, la Cour conclut à une atteinte de la

⁸⁰ Décret de la Communauté française portant confirmation des socles de compétences et modifiant la terminologie relative à la compétence exercée par le parlement en application des articles 16, 25, 26, 35 et 43 du 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, *M.B.*, 27 août 1999.

⁸¹ A.4.1.

⁸² B.11.

⁸³ B.12.

liberté d'enseignement après avoir évalué le système mis en place par les objectifs de développement et les objectifs finaux avant d'ajouter que l'absence de dérogation conduit à une violation de la liberté d'enseignement⁸⁴. En revanche, dans l'arrêt 49/2001, la Cour passe la première étape : elle ne déclare pas que le système des socles de compétences du décret de 1999 porte atteinte à la liberté d'enseignement. Néanmoins, à défaut de prévoir un régime de dérogation pour les établissements à pédagogie alternative, il la viole. *Secundo*, il y a une différence dans la manière dont la Cour apprécie l'exigence d'un mécanisme de dérogation. La liste des éléments auxquels les dérogations ne doivent pas porter atteinte s'allonge dans l'arrêt 49/2001 : à la qualité de l'enseignement s'ajoute l'équivalence des certificats et diplômes et le contenu requis devient le contenu de base.

23. – Il apparaît donc qu'avec ces légères modifications, la Cour réduit son niveau d'exigence en matière de respect de la liberté pédagogique. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les décrets adoptés en réponse aux deux arrêts de la Cour constitutionnelle. La Communauté flamande a, dans son décret du 15 juillet 1997, adopté des objectifs de développement et des objectifs finaux moins contraignants alors que la Communauté française s'est limitée au service minimum en reproduisant les dispositions annulées tout en y ajoutant une procédure de dérogation⁸⁵. Le Conseil d'État a remis en question cette manière de se conformer à l'arrêt 49/2001⁸⁶. Dans son avis sur l'avant-projet du nouveau décret, il s'est également interrogé sur cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle : «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»⁸⁷. C'est précisément l'option contraire que la Cour et le législateur ont suivie. La manière dont la Cour encourage systématiquement⁸⁸ l'usage de dérogations nous rend perplexe. Il s'agit d'une conception

⁸⁴ B.9.

⁸⁵ Décret de la Communauté française du 19 juillet 2001 portant confirmation des socles de compétences visées à l'article 16 du 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 et organisant une procédure de dérogation limitée, *M.B.*, 23 août 2001.

⁸⁶ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 180, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 31.675/2, du 17 mai 2001, p. 86.

⁸⁷ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 180, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 31.675/2, du 17 mai 2001, p. 86.

⁸⁸ Tant dans l'arrêt 49/2001 que dans l'arrêt 14/2000 (voy. *supra*, n° 12).

particulièrement restrictive de la liberté d'enseignement, qui devient réservée aux établissements à pédagogie alternative⁸⁹.

24. – L'arrêt **1/2003** du 8 janvier 2003 concerne un recours en annulation du décret du 12 décembre 2000 définissant la formation initiale des instituteurs et des régents⁹⁰ introduit par les pouvoirs organisateurs de l'ensemble des Hautes écoles francophones libres confessionnelles. Ces établissements reprochent au décret diverses atteintes à la liberté d'enseignement en ce qu'il règle de manière approfondie les activités interdisciplinaires de construction de l'identité professionnelle ainsi que les formations professionnelles et les stages.

Si la Cour commence sa motivation en récitant ses considérants, désormais classiques, sur la liberté d'enseignement – l'existence d'un droit au subventionnement pour les établissements libres et les limites qu'il implique –, elle change, par la suite, de chapelet. En abordant la question des mesures pouvant restreindre la liberté d'enseignement, la Cour affirme qu'elles «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 limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci»⁹¹. Le juge constitutionnel ne prend plus le critère de l'atteinte essentielle à la liberté d'enseignement pour apprécier le respect de cette liberté. Il ne mentionne plus que l'exigence d'adéquation des moyens aux fins et l'existence d'un rapport de proportionnalité. Dans d'autres arrêts, elle maintiendra cette variation par rapport à sa motivation automatique⁹².

25. – En ce qui concerne l'examen du recours à proprement parler, la Cour constate que les dispositions querellées poursuivent des objectifs d'intérêt général, à savoir la qualité et l'équivalence de la formation des instituteurs et des régents. Les mesures attaquées permettent d'atteindre ces objectifs. «Elles sont, en effet, applicables à l'ensemble des établissements chargés de la formation des instituteurs et des régents, indépendamment de la spécificité de l'enseignement dispensé par ces établissements, dont les diplômés sont appelés à enseigner indistinctement dans les différents réseaux d'enseignement organisés ou subventionnés par la Communauté fran-

⁸⁹ Voy. *infra*, n° 96.

⁹⁰ *M.B.*, 19 janvier 2001.

⁹¹ B.6.2.

⁹² Nous reviendrons spécifiquement sur ce point (*infra*, n°s 89 à 103).

çaise indépendamment du réseau dans lequel ils ont été formés»⁹³. L'adéquation des moyens au but est ici assurée dans la mesure où les spécificités des réseaux ne sont pas prises en considération.

Pour ce qui est de la proportionnalité, la Cour relève une série de mesures qui, dans le décret, «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 décréteur»⁹⁴. Après leur énumération, la Cour estime qu'il existe assez de domaines où il n'est pas porté atteinte à l'autonomie des pouvoirs organisateurs. La Cour en conclut que la liberté d'enseignement n'est pas limitée de manière disproportionnée. Il nous semble qu'en procédant de la sorte, la Cour suit un raisonnement inversé : au lieu de voir si les restrictions à la liberté sont trop importantes, elle observe qu'il y a encore de la place çà et là pour une autonomie des établissements. Par exemple, au lieu d'examiner si la fixation de minima d'heures est une atteinte à la liberté d'enseignement, elle constate que les établissements sont libres de déterminer les volumes horaires au-delà de ces minima.

26. – Il y a beaucoup moins à dire sur l'arrêt **67/2004** du 5 mai 2004 portant sur deux décrets organisant la formation en cours de carrière du personnel de l'enseignement fondamental, secondaire et des centres PMS⁹⁵. Il est reproché à ces décrets d'imposer une formation inter-réseaux à tout membre du personnel enseignant, formation qui porte en partie sur des méthodes pédagogiques et dont les thèmes sont déterminés par le Gouvernement. Pour les parties requérantes, le Secrétariat général de l'enseignement catholique (SEGEC) et des pouvoirs organisateurs du libre confessionnel, viole également la liberté de l'enseignement l'octroi de compétences exclusives, pour l'organisation de la formation, à l'Institut de la formation en cours de carrière et, pour la dispensation de la formation, à des opérateurs choisis par le Gouvernement ou à l'inspection cantonale. Après une longue explication du régime mis en place par les deux décrets, la Cour conclut de manière lapidaire que «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

⁹³ B.7.2.

⁹⁴ B.8.

⁹⁵ En plus long, cela donne : décret de la Communauté française du 11 juillet 2002 relatif à la formation en cours de carrière des membres du personnel des établissements d'enseignement fondamental ordinaire, *M.B.*, 31 août 2002 et décret de la Communauté française du 11 juillet 2002 relatif à la formation en cours de carrière dans l'enseignement spécial, l'enseignement secondaire ordinaire et les centres psycho-médico-sociaux et à la création d'un institut de la formation en cours de carrière, *M.B.*, 31 août 2002.

qu'en faveur d'une autre»⁹⁶. Confier ces formations à un organisme d'intérêt public, ajoute la Cour, offre davantage de garanties quant au respect du pluralisme pédagogique. Pour la Cour, la durée limitée de la formation, le fait qu'elle ait lieu pour moitié au niveau du réseau et de l'établissement d'enseignement et la possibilité d'organiser une formation supplémentaire propre, n'induisent pas une limitation disproportionnée de la liberté d'enseignement. La Cour suit, à nouveau, une autre option que le Conseil d'État. Ce dernier émet des objections à l'égard de la compétence du Gouvernement de déterminer les thèmes de formation et le choix des opérateurs de formation. Le Conseil d'État estime notamment que la liberté pédagogique est atteinte puisque la formation, obligatoire pour tous les réseaux et organisée par le Gouvernement, porte sur des méthodes pédagogiques. Il estime que l'objectif de l'avant-projet peut être atteint, dans le respect de la liberté d'enseignement, «si le décret définissait de manière plus précise l'organisation de la formation au niveau "macro", mais laissait aux pouvoirs organisateurs la liberté d'organiser ces formations et de choisir les formateurs»⁹⁷. Ici encore, la thèse du Conseil d'État nous semble plus convaincante.

27. – L'arrêt 2/2006 du 11 janvier 2006 porte sur la mise en place d'un régime d'accréditation en Communauté flamande. La Cour ne s'était pas prononcée sur la constitutionnalité des accréditations dans l'arrêt 44/2005. Les parties requérantes reprochent aux accréditations d'imposer une seule conception des études fondée sur l'acquisition de compétences en lien avec les stratégies de croissance mises en place au niveau européen dans le cadre de la stratégie de Lisbonne. Elles estiment qu'en ce sens, les accréditations portent atteinte au pluralisme déduit de la liberté d'enseignement. Selon elles, l'autorité impose, sous le couvert de garanties de qualité génériques, l'ensemble de la forme et du contenu des formations dans l'enseignement supérieur. La motivation de la Cour est somme toute classique. Après avoir estimé que les mesures étaient adéquates avec l'objectif de qualité d'enseignement et de comparabilité des méthodes d'évaluation de qualité, la Cour déclare que les dispositions entreprises ne portent pas atteinte, de manière disproportionnée, à la liberté d'enseignement. La Haute juridiction suit la thèse du Gouvernement selon laquelle les garanties de qualité, que constituent les accréditations, sont bien génériques : elles visent uniquement à vérifier si une formation répond à certaines exigences de qualité de base sans

⁹⁶ B.10.

⁹⁷ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2001-2002, n° 270, avis n° 32.793/2 de la section de législation du Conseil d'État du 13 mars 2002, p. 28.

imposer un modèle pédagogique et un contenu⁹⁸. Pour le surplus, la Cour relève que la possibilité d'introduire un recours administratif au Gouvernement puis un recours au Conseil d'État contre les modalités de ces garanties génériques établies par l'organe d'accréditation permettra en aval d'assurer le respect de la liberté d'enseignement.

Nous ne sommes guères convaincus par la manière dont la Cour apprécie le régime d'accréditation. Si l'on se rapporte à l'article 58 du décret du 4 avril 2003 relatif à la restructuration de l'enseignement supérieur en Flandre⁹⁹, on remarque que le législateur a défini largement l'étendue des garanties de qualité génériques qui portent notamment sur le contenu, le processus et le résultat de l'enseignement ainsi que sur les structures matérielles, la qualité du personnel et les méthodes utilisées lors de l'auto-évaluation. Ces garanties génériques, en particulier lorsqu'on les lie avec les objectifs définis dans le §2 du même article, semblent orientées vers une conception de l'enseignement qui insiste par exemple davantage sur la formation professionnelle que sur le rôle de démocratisation joué par les établissements d'enseignement supérieur ou sur leur politique de promotion de la réussite. Sans être aussi précises que les dispositions qui s'immiscent dans la liberté pédagogique des écoles, les accréditations définissent un certain nombre de finalités de l'enseignement qui conduisent à réduire la liberté pédagogique des établissements d'enseignement supérieur flamands.

28. – Il n'empêche qu'une nouvelle fois, nous sommes face à un régime où aucune dérogation n'est prévue pour les établissements à pédagogie particulière. De plus, ces mécanismes d'accréditation peuvent s'appliquer à des établissements qui ne sont pas subventionnés par la Communauté. D'aucuns ont pu juger que, pour cette raison, ces dispositions sont incompatibles avec l'interdiction de mesures préventives en matière d'enseignement prévue à l'article 24 de la Constitution¹⁰⁰. Toutefois, étant donné que seuls les établissements privés qui sollicitent l'accréditation doivent respecter les conditions énumérées par le décret¹⁰¹, le législateur flamand ne fait qu'im-

⁹⁸ B.21.1.

⁹⁹ *M.B.*, 14 août 2003, tel que modifié par l'article V.10 du décret de la Communauté flamande 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, *M.B.*, 10 juin 2004.

¹⁰⁰ J. DE GROOF et F. HENDRIKS, « Accreditatie in het hoger onderwijs in Vlaanderen en Nederland », *T.O.R.B.*, 2005-2006, p. 287.

¹⁰¹ X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les menaces sur le service public de l'enseignement », *Le service public : entre menaces et renouveau*, colloque organisé aux Facultés universitaires Saint-Louis le 27 novembre 2008, à paraître, n° 11.

poser une condition de reconnaissance des diplômes délivrés par ces établissements. Il n'empiète pas sur la liberté de ces établissements de dispenser un enseignement qui n'a pas fait l'objet d'une accréditation. Le prescrit constitutionnel semble donc respecté¹⁰².

c) Choisir le personnel de l'établissement

29. – La Cour constitutionnelle a admis de longue date que la liberté d'enseignement comprenait «la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir le personnel qui sera chargé de mener à bien la réalisation des objectifs pédagogiques propres»¹⁰³. Avec le temps, elle a toutefois tempéré le caractère absolu de cette liberté en ajoutant : «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»¹⁰⁴. Du point de vue du législateur, l'exigence d'égalité entre les membres du personnel contenu dans l'article 24, §4 de la Constitution, a conduit les Communautés à adopter des statuts du personnel des établissements libres similaires, sur de nombreux points, à ceux de l'enseignement officiel. La liberté des établissements libres de choisir leur personnel est désormais extrêmement réduite, les ingénieries du législateur se prolongeant même dans les premiers engagements du personnel¹⁰⁵ qui furent autrefois le seul domaine où les établissements libres jouissaient d'une réelle autonomie¹⁰⁶.

Toutefois, preuve que les pouvoirs organisateurs s'avouent (con)vaincus sur ce terrain, le contentieux dans cette matière est relativement restreint.

¹⁰² On peut ajouter, pour le surplus, que la Cour apporte une interprétation restrictive à l'interdiction des mesures préventives. Ainsi, elle a pu affirmer que cette disposition «interdit exclusivement de soumettre la création d'établissements d'enseignement à une autorisation préalable des pouvoirs publics» (arrêt 76/96, B.4.7.). Ailleurs, la Cour a déclaré que les mesures préventives prosrites sont celles qui visent «à empêcher ou soumettre à des mesures de contrôle préalable l'organisation d'un enseignement par un pouvoir organisateur» (arrêt 45/96, B.10.3.). Le terme organisation a une portée plus large que la simple «création d'une école». Un recours sur cette question pourrait permettre à la Cour de circonscrire la définition et la portée de cette interdiction.

¹⁰³ Arrêt 18/93 du 4 mars 1993, B.3.3.

¹⁰⁴ Arrêt 34/98 du 1^{er} avril 1998, B.4.4.

¹⁰⁵ X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 52 à 54.

¹⁰⁶ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 159.

30. – Plusieurs établissements supérieurs libres subventionnés ont contesté des dispositions flamandes en matière de droit du personnel¹⁰⁷. Ils reprochaient à la Communauté flamande de réglementer le personnel non subventionné de ces établissements, ce qui était, selon eux, contraire à la liberté d'enseignement. Dans l'arrêt **154/2005** du 20 octobre 2005, la Cour suit une thèse opposée : « En ce qui concerne la compétence des Communautés à l'égard du personnel de l'enseignement subventionné, ce personnel comprend également le personnel non subventionné de l'enseignement, ainsi que le personnel non enseignant. Contrairement à ce que les parties requérantes affirment, on ne saurait déduire de l'article 24, § 1^{er} et 5, de la Constitution que les Communautés ne seraient pas compétentes à l'égard de ces catégories de personnel »¹⁰⁸. La position de la Cour nous semble logique. Il s'agit d'une application correcte de l'article 127 de la Constitution. En outre, comme l'ont relevé les syndicats, en tant que parties intervenantes, le financement de l'enseignement supérieur se fait par enveloppes qui permettent de couvrir différents frais de fonctionnement¹⁰⁹, ce qui nous autorise à penser que ces membres du personnel sont partiellement ou totalement payés par des fonds publics.

31. – Dans l'arrêt **65/2006** du 3 mai 2006, la Cour répond à une série de questions préjudicielles posées par le Conseil d'État portant sur la validité de règles imposant la connaissance du néerlandais par les membres du personnel des écoles francophones organisées par les communes de la périphérie bruxelloise¹¹⁰. Ces communes, requérantes devant la juridiction *a quo*, estiment que leur liberté d'enseignement est limitée en ce qu'elles ne peuvent plus engager les membres du personnel de leur choix pour dispenser un enseignement francophone. Pour la Cour, il n'y a pas de violation. « La liberté d'organiser un enseignement, invoquée par les communes concernées, doit être combinée avec l'article 4 de la Constitution selon lequel la Belgique comprend quatre régions linguistiques [...]. Cet article implique que les communes périphériques, lorsqu'elles organisent un enseignement francophone, aient également égard aux conditions mentionnées dans les

¹⁰⁷ Articles II.1, 13°, II.78 à 80, II.84, II.89 et II.90 du décret de la Communauté flamande 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, *M.B.*, 10 juin 2004.

¹⁰⁸ B.4.1.

¹⁰⁹ A.4.3.

¹¹⁰ Sont visés les articles 1^{er}, § 1^{er}, 23, 27 et 53 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative du 18 juillet 1966 et l'article 15 de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement.

lois sur l'emploi des langues en matière administrative tant en ce qui concerne l'emploi des langues qu'en ce qui concerne les exigences linguistiques auxquelles sont subordonnées la nomination et la promotion du personnel enseignant. En effet, le système des facilités ne porte pas atteinte au caractère en principe unilingue de la région de langue néerlandaise, à laquelle les communes périphériques appartiennent. [...] La liberté d'enseignement n'empêche pas que des conditions supplémentaires, comme, en l'espèce, l'emploi et la connaissance de la langue administrative [...] qui sont nécessaires au bon fonctionnement de l'organisation communale, à laquelle on accède en tant que membre du personnel » soient imposées¹¹¹.

La Cour ne rappelle à aucun moment son antienne sur la liberté d'enseignement¹¹², pas plus qu'elle n'annonce un quelconque contrôle de proportionnalité. Cela démontre qu'en réalité, dans cet arrêt, la Cour s'éloigne d'un contrôle portant sur le respect de la liberté d'enseignement pour se consacrer exclusivement à justifier une interprétation extensive du principe de territorialité des compétences. Ainsi, elle conforte la thèse du Conseil d'État de considérer que les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative s'appliquent aux enseignants. En ce sens, l'on peut considérer que la Cour se réfère à l'article 1^{er} de ces lois, lorsqu'elle mentionne « l'organisation communale ». La Cour fait donc fi de la loi du 30 juillet 1963¹¹³ qui n'impose aux enseignants que la connaissance de la langue d'enseignement. Elle s'écarte également de l'interprétation traditionnelle des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative¹¹⁴. Par cela, elle admet l'imposition d'une contrainte de connaissance linguistique dans le choix du personnel par les pouvoirs organisateurs.

32. – La Communauté française s'est récemment dotée d'un décret fixant le statut des directeurs¹¹⁵. La rédaction de ce texte s'est étendue sur deux législatures après de multiples concertations des différents acteurs de l'enseignement¹¹⁶. Ceci n'a pas protégé le décret contre un double re-

¹¹¹ B.13.1. et B.13.2.

¹¹² Voy. *supra*, n° 2.

¹¹³ *M.B.*, 22 août 1963.

¹¹⁴ Notamment celles du Conseil d'État lors de l'avis sur l'avant-projet des lois coordonnées et de la Commission permanente de contrôle linguistique. Voy. X. DELGRANGE, « Les écoles francophones dans les communes à facilités : l'hallali ou nanani nanère? », *Journal du juriste*, n° 44, septembre 2005, p. 5 et Y. HOUYET, « La législation linguistique régissant la matière de l'enseignement dans le contexte constitutionnel fédéral de l'État belge », *R.B.D.C.*, 2002, pp. 379 à 423.

¹¹⁵ Décret de la Communauté française du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs, *M.B.*, 15 mai 2007.

¹¹⁶ Pour une analyse approfondie du processus d'adoption du décret ainsi que de ses enjeux, voy. B. DE COMMER, « Le statut des directeurs d'école », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007, n° 1975.

cours, en suspension et en annulation, qui a conduit respectivement à l'arrêt **106/2007** du 19 juillet 2007 et à l'arrêt **132/2007** du 17 octobre 2007. Le premier arrêt suspend l'article 124 du décret, la Cour considérant que les moyens des requérants sont sérieux et que le risque de préjudice grave et difficilement réparable est établi. Pour ce qui est du recours en annulation, les parties requérantes reprochaient à l'article 124 du décret de comporter une atteinte disproportionnée à la liberté d'enseignement. Cette atteinte se situerait dans l'obligation faite aux écoles de désigner au poste de direction un membre du personnel subsidié et rémunéré par une subvention-traitement. Pour les parties requérantes, le législateur ne justifie pas cette condition d'engagement sur la base de motifs raisonnables. Elles ajoutent qu'il y a une atteinte disproportionnée à l'article 24, § 1^{er} dans la sanction prévue en cas de non-respect de cette condition, à savoir la non-admission aux subventions. La réponse de la Cour est claire : « Le législateur décréte peut, en vue d'assurer la qualité de l'enseignement bénéficiant d'un financement public, exiger que le directeur de l'établissement dispose de certaines capacités, qualifications ou formations garantissant qu'il possède les qualités requises pour cette charge, de même qu'il peut sanctionner la méconnaissance de cette exigence »¹¹⁷. La Cour d'ajouter que le choix du législateur n'est pas manifestement déraisonnable car il permet de confier cette tâche à des personnes qui « peuvent être présumées avoir les connaissances et l'expérience requises pour diriger une école »¹¹⁸. « En revanche, en sanctionnant la méconnaissance de cette condition par la privation des subventions pour l'école, le législateur décréte a pris une mesure qui n'est pas raisonnablement proportionnée à l'objectif qu'il poursuit »¹¹⁹. C'est donc sur la base de l'absence de proportionnalité dans la sanction prévue que la Cour annule l'article 124 du décret. La position de la Cour diverge de celle du Conseil d'État qui n'avait pas relevé pareille inconstitutionnalité dans l'examen de la disposition querellée¹²⁰.

33. – Ce n'est qu'une victoire en demi-teinte pour les parties requérantes : si le résultat est une annulation, il emporte, au passage, une reconnaissance de la constitutionnalité de l'ingérence du législateur dans la détermination des titres de capacité requis. Ce faisant, la Cour admet une

¹¹⁷ B.6.1.

¹¹⁸ B.6.2.

¹¹⁹ B.6.3.

¹²⁰ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2006-2007, n° 339/1, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 41.214 du 9 octobre 2006. Pourtant, le Conseil d'État a dénoncé ce genre de disproportion dans la sanction notamment dans son avis n° 41.523 du 13 novembre 2006 sur l'avant-projet du décret « inscriptions ».

restriction de la liberté de choix du personnel dans ce que l'on peut considérer comme la fonction la plus importante pour une école, en particulier dans son rôle de concrétisation des choix philosophiques et pédagogiques du pouvoir organisateur. En réponse à cet arrêt, le Parlement de la Communauté française a adopté un nouveau décret¹²¹ limitant la sanction à une perte de 20% des subventions et prévoyant une procédure permettant à l'établissement de se mettre en ordre. Le Conseil d'État estime qu'en instaurant ce mécanisme de sanction, pour autant que la Communauté justifie ce chiffre de 20%, il est satisfait à l'arrêt 132/2007¹²².

d) Disposer du pouvoir de décision dans l'organisation de l'établissement

34. – La possibilité de prendre des décisions sans immixtion des pouvoirs publics découle clairement du principe de la liberté d'enseignement¹²³. La reconnaissance de la liberté d'organisation des établissements est, en effet, l'outil indispensable de l'effectivité des différents aspects de la liberté active. Elle est également centrale dans un régime fondé en premier lieu sur l'autonomie des établissements subventionnés. Elle assure ainsi que, dans les situations qui ne font pas l'objet d'une réglementation par les autorités compétentes, les décisions et la manière de les prendre sont du ressort de l'autorité scolaire.

S'il est établi que ce sont les pouvoirs organisateurs, en tant que destinataires de la liberté active¹²⁴, qui bénéficient de ce pouvoir de décision, l'arrêt **19/99** du 17 février 1999 tend à relativiser cette affirmation. En effet, cet arrêt donne un brevet de constitutionnalité à plusieurs articles du décret flamand du 25 février 1997 relatif à l'enseignement fondamental qui ont pour effet de confier au directeur d'école ou à la direction la mission de déterminer et de délimiter la charge des membres du personnel. Le requérant voyait dans ce dispositif une atteinte aux prérogatives des pouvoirs organisateurs dans la politique du personnel. La Cour déclare que les mesures attaquées contribuent à réaliser l'objectif poursuivi, à savoir la qualité de l'enseignement. Elles ne sont pas disproportionnées car la responsabilité

¹²¹ Décret de la Communauté française du 18 juillet 2008 modifiant le décret du 2 février 2007 fixant le statut des directeurs, *M.B.*, 29 août 2008.

¹²² *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2007-2008, n° 568/1, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 43.884/2 du 19 décembre 2007, p. 10.

¹²³ M. BOSSUYT et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 568.

¹²⁴ Voy. *supra*, n° 4.

finale de la description de fonction est de la compétence de « l'autorité scolaire elle-même ou [du] directeur, dont on peut considérer qu'il bénéficie de la confiance du pouvoir organisateur »¹²⁵. Néanmoins, la Cour reconnaît que les dispositions sur la description de fonction, devant être établie sur la base d'une liste de tâches permises, ainsi que celles relatives au nombre d'heures maximal et minimal pour la charge d'un professeur, limitent les compétences du pouvoir organisateur. Mais cette limitation n'est pas incompatible avec la liberté d'enseignement. Il est, en effet, possible de déroger à la liste du Gouvernement ou au modèle de description de fonction. Il faut pour cela passer par une négociation ou une concertation. Si le pouvoir organisateur n'intervient pas dans cette procédure, il dispose toutefois d'un véritable pouvoir décisionnel en cas de désaccord entre la direction et le personnel. Dans le même esprit, la Cour constate que la négociation ou la concertation pour la fixation des critères pour l'accomplissement de la charge principale et de la charge scolaire n'empiète pas sur la compétence de décision finale du pouvoir organisateur.

Il nous semble qu'en motivant ainsi le rejet du recours, la Cour ne protège qu'un pouvoir de décision formelle des pouvoirs organisateurs. Il apparaît que tout transfert de compétence au sein de l'école peut être admis pourvu qu'à la fin, le pouvoir organisateur reste habilité à approuver ou à refuser ce qui a été décidé par la communauté scolaire. Il n'est pas certain, dans ces conditions, que les pouvoirs organisateurs disposent dans les faits d'une réelle marge de manœuvre. La légitimité de ces derniers pourrait être remise en question lorsqu'ils s'opposent au fruit d'une âpre négociation entre les acteurs de terrain.

35. – C'est sur la question de la participation étudiante que le pouvoir de décision des établissements sera le plus ébranlé par le législateur décentral et le juge constitutionnel. La question n'est pas neuve. Déjà en 1995, la Cour avait eu à se prononcer sur la validité des mécanismes participatifs. Elle avait jugé de tels mécanismes valides car la participation étudiante qu'ils imposent est limitée à des organes qui n'ont qu'une compétence d'avis, le pouvoir de décision finale de la direction restant intact¹²⁶. En s'appuyant sur cette jurisprudence, l'on peut affirmer, par exemple, que les conseils de participation, mis en place dans le cadre du décret « missions », respectent la liberté d'enseignement. En effet, composés notamment d'élèves du deuxième et du troisième degré, ces conseils n'ont qu'une compéten-

¹²⁵ B.4.4.

¹²⁶ Arrêt 85/95 du 14 décembre 1995, B.2.7.

ce d'avis sur le projet d'établissement de l'école et sur le rapport d'activité¹²⁷.

36. – Toutefois, la question a pris une forme plus complexe avec l'évolution de la législation en matière de participation notamment dans l'enseignement supérieur de la Communauté française. Dès le décret « Hautes écoles » du 5 août 1995¹²⁸, une forme plus intrusive de participation étudiante a été consacrée. Ce décret impose un pourcentage minimal d'étudiants membres, avec voix délibérative, aux différents conseils où la politique de l'établissement se décide. Étrangement, ces dispositions n'ont pas fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle probablement en raison du contexte politique marqué par de fortes mobilisations étudiantes¹²⁹ et du fait que le décret résultait d'un consensus entre le Gouvernement, les étudiants, les pouvoirs organisateurs et les organisations syndicales¹³⁰. Toujours est-il que de tels mécanismes participatifs ont été adoptés, moyennant quelques variations, pour les Écoles supérieures des arts¹³¹, les Universités¹³² et les Instituts supérieurs d'architecture¹³³. Ici encore, l'on peut dire que ces décrets marquent une modification de la portée de l'article 24 par voie para-légale¹³⁴. C'est que, comme le décret « missions », le décret « participation » fit l'objet d'un consensus politique intense¹³⁵.

¹²⁷ D. DÉOM et B. BLÉRO, « Les procédures participatives prévues pour la mise en œuvre du décret “missions” », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, pp. 281 à 286.

¹²⁸ Décret de la Communauté française du 5 août 1995 fixant l'organisation générale de l'enseignement supérieur en Hautes Écoles, *M.B.*, 1^{er} septembre 1995, articles 73 à 77.

¹²⁹ Voy. F. MARON, « Le mouvement étudiant », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n^{os} 1510-1511, 1996, pp. 21 à 41.

¹³⁰ E. MAES, « De verplichte inspraak in de onderwijsinstelling [...] », *op. cit.*, pp. 379 et 380.

¹³¹ Décret de la Communauté française du 20 décembre 2001 fixant les règles spécifiques à l'Enseignement supérieur artistique organisé en Écoles supérieures des Arts, *M.B.*, 3 mai 2002, articles 27 à 31.

¹³² Décret de la Communauté française 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, *M.B.*, 10 juillet 2003, articles 2 à 25. Ci-après, décret « participation ».

¹³³ Décret de la Communauté française 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, *M.B.*, 14 mai 2009, article 35.

¹³⁴ Voy. *supra*, n^o 21. H. DUMONT, « Le Pacte scolaire : une norme para-légale exemplaire », *Het schoolpacte van 1958. Onstaan, grondlijnen en toepassing van een Belgisch compromis – Le pacte scolaire de 1958. Origines, principes et application d'un compromis belge*. Bruxelles-Louvain, VUB PRESS-Garant, 1999, pp. 657 à 667.

¹³⁵ C. BROCAL, « Le sort du “décret participation” scellé par la Cour d'arbitrage. Comment concilier la participation estudiantine avec la liberté d'enseignement et la liberté d'association », *C.D.P.K.*, 2005, p. 333.

37. – Voyant dans ces mesures une atteinte à la liberté d’enseignement, les recteurs des quatre institutions universitaires catholiques ont introduit un recours en annulation du décret « participation » devant la Cour constitutionnelle.

L’arrêt **48/2005** du 1^{er} mars 2005 pousse, semble-t-il, au paroxysme la reconnaissance par la Cour de la validité d’atteintes à la liberté d’enseignement. Selon les recteurs, le décret constitue, d’une part, une atteinte essentielle à la liberté d’enseignement et notamment au libre choix d’un projet pédagogique et au libre choix du personnel et, d’autre part, une ingérence disproportionnée dans la liberté d’association. La Cour prend le contre-pied de cet argumentaire. Elle reconnaît la légitimité de l’objectif du décret, à savoir protéger les droits des étudiants. Elle ajoute que la mesure est pertinente mais pourrait conduire à une ingérence disproportionnée si elle imposait une représentation minimale excessive des étudiants. Mais tel n’est pas le cas, pour la Cour, avec le décret « participation ». « 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. À 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 : la participation étudiante n’est exigée que pour les sept matières énumérées à l’article 9. Celles-ci ne touchent pas à la liberté de créer un établissement d’enseignement, elles n’empêchent pas que les pouvoirs organisateurs fixent librement le caractère religieux ou philosophique de leur enseignement et leur projet pédagogique ou qu’ils en déterminent la tendance. En tant que certaines des matières énumérées à l’article 9 pourraient toucher indirectement à l’une ou l’autre de ces libertés, le décret ne permet pas aux étudiants de s’immiscer de manière disproportionnée dans l’organisation et le fonctionnement des établissements subventionnés qu’ils fréquentent, dès lors que le poids de leur vote, à le supposer unanime, n’est que de 20 p.c. et que les universités restent libres de répartir les 80 p.c. restants comme elles l’entendent »¹³⁶. En conséquence de quoi le recours est rejeté.

¹³⁶ B.15.

38. – L'arrêt est particulièrement bref. La Cour ne prend pas la peine de répondre aux critiques quant à l'ingérence dans le libre choix du personnel. Il n'y a pourtant aucun doute à avoir que les matières pour lesquelles les étudiants disposent d'une représentativité minimale couvrent la politique de personnel¹³⁷. Pire, la Cour semble exclure la politique du personnel de la liberté active, ici réduite à l'ouverture d'une école et à la détermination du caractère religieux ou philosophique et du projet pédagogique. Ceci n'a pas échappé à la doctrine¹³⁸. Il nous faut pourtant relativiser ce constat. Dans sa jurisprudence postérieure, notamment l'arrêt 132/2007 précité¹³⁹, la Cour a réintroduit le libre choix du personnel dans le champ de la liberté active¹⁴⁰. Il semble donc s'agir bien plus d'une errance dans la jurisprudence de la Cour que d'un véritable revirement.

39. – La Cour n'a, en outre, pas profité de cet arrêt pour articuler de manière satisfaisante liberté d'enseignement et liberté d'association. C'est d'autant plus regrettable que cet arrêt est le premier à faire explicitement le lien entre ces deux libertés¹⁴¹ : « la liberté d'enseignement active, garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, peut être exercée de manière individuelle ou collective. La complexité croissante de l'organisation de l'enseignement a cependant pour effet que la liberté d'enseignement active est presque exclusivement exercée de manière collective, en recourant à la liberté d'association »¹⁴².

La Cour constitutionnelle commence par rappeler son considérant canonique sur la liberté d'association : « L'article 27 de la Constitution, qui reconnaît le droit de s'associer, comme celui de ne pas s'associer, et qui interdit de soumettre ce droit à des mesures préventives, n'empêche pas davantage le législateur de prévoir des modalités de fonctionnement et de contrôle lorsque l'association est subventionnée par les pouvoirs publics »¹⁴³. Liant l'article 27 de la Constitution à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ajoute que l'exercice de cette liberté d'association « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la

¹³⁷ Voy. not. l'article 9, 1^o, 5^o et 7^o et l'article 10.

¹³⁸ C. BROCAL, « Le sort du "décret participation" scellé par la Cour d'arbitrage [...] », *op. cit.*, p. 340.

¹³⁹ Voy. *supra*, n^o 32.

¹⁴⁰ B.4.2.

¹⁴¹ Ainsi, dans l'arrêt 85/95, la Cour avait limité son examen à la violation alléguée de la liberté d'enseignement bien que les parties requérantes avaient également soulevé une atteinte à la liberté d'association (A.2.3.).

¹⁴² B.7.

¹⁴³ B.10. Voy. aussi l'arrêt 60/2004 du 31 mars 2004, B.6.1, l'arrêt 121/98 du 3 décembre 1998, B.9.

défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»¹⁴⁴. De manière surprenante, la Cour ne fait pas suivre cette invocation strasbourgeoise par un contrôle de légalité de l'ingérence, même si son issue était évidente, et par un contrôle de son caractère nécessaire dans une société démocratique à la poursuite des buts énoncés dans l'article 11¹⁴⁵. Bien que la Cour n'ait pas hésité à affirmer que « lorsque la liberté d'association est utilisée pour assurer l'exercice d'une autre liberté, elle acquiert une dimension particulière qui requiert l'attention spéciale du juge constitutionnel »¹⁴⁶, son examen ne révèle pas cette attention spéciale.

Articuler liberté d'association et liberté d'enseignement n'est pas chose aisée¹⁴⁷. Les restrictions pour ces libertés ne sont pas appréciées de la même manière par la Cour. Certes, la Cour constitutionnelle proscrit toute mesure préventive pour les destinataires de ces deux libertés. Certes, elle admet également que si ces derniers bénéficient d'une reconnaissance ou d'un subventionnement de la part des autorités publiques, celles-ci peuvent imposer des conditions qui restreignent l'exercice de ces libertés. Toutefois, l'appréciation du juge constitutionnel est différente lorsqu'il s'agit d'établir des limites à l'ingérence des autorités dans l'exercice de ces libertés. Pour la liberté de l'enseignement, ces limites ont été établies de longue date dans le considérant canonique de la Cour¹⁴⁸. Pour la liberté d'association, elles demeurent absentes. Le détour par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme peut, dès lors, se lire comme une tentative de la Cour constitutionnelle de compléter sa lecture de l'article 27 de la Constitution en établissant les conditions à respecter par une norme pour que les immixtions dans la liberté d'association qu'elle contient soient admissibles. Cette tentative n'est pas satisfaisante.

Peut-être la Cour pourrait-elle davantage s'inspirer de la jurisprudence du Conseil d'État dans ce domaine? Le Conseil d'État estime « qu'il ne peut être admis, au regard du principe de la liberté d'association, que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que cel-

¹⁴⁴ B.11.

¹⁴⁵ C. BROCAL, « Le sort du "décret participation" scellé par la Cour d'arbitrage [...] », *op. cit.*, p. 338.

¹⁴⁶ B.8.

¹⁴⁷ Voy. J. DE GROOF, « Vrijheid van vereniging versus vrijheid van onderwijs? », *T.O.R.B.*, 2004-2005, pp. 215 à 217.

¹⁴⁸ Voy. *supra*, n° 3.

les-ci, parce qu'elles n'auraient d'autre choix que de devenir de simples exécutantes de la politique décidée par l'autorité, seraient dénaturées dans leur essence même »¹⁴⁹. Ainsi, le Conseil d'État a pu considérer qu'était incompatible avec la liberté d'association l'intervention du législateur décretaal « dans la composition du conseil d'administration de l'organisme privé en imposant une majorité de membres désignés par le Gouvernement »¹⁵⁰.

40. – Si l'on peut regretter ce qu'elle n'a pas dit, il y a lieu aussi de s'interroger sur la pertinence du test de proportionnalité de la Cour en tant que tel. Accepter des mécanismes de participation des étudiants avec voix délibérative constitue assurément un revirement par rapport à l'arrêt 85/95¹⁵¹, mais celui-ci n'est pas total. Déjà à l'époque, la Cour avait validé une forme de participation étudiante avec voix délibérative. La mesure était admissible pour la Cour en ce qu'elle se limitait au domaine des allocations sociales¹⁵². Ceci avait conduit la section de législation du Conseil d'État à établir un triple critère pour apprécier le caractère acceptable de l'immixtion dans les prérogatives des pouvoirs organisateurs : la nature de l'organe (organe d'avis ou de décision), les matières que l'organe a à connaître et le poids, quantitatif, de la représentation imposée¹⁵³. La Cour constitutionnelle a pris en compte les deux derniers critères pour évaluer la proportionnalité de l'ingérence. Ainsi, dans un premier mouvement, la Cour écarte les étudiants des matières qui concernent le noyau dur de la liberté active. Dans un second mouvement, elle admet la possibilité que les étudiants, dans le cadre de leur participation à la décision pour les matières énumérées dans le décret, puissent indirectement se prononcer sur ce noyau dur¹⁵⁴. Outre le caractère particulièrement flou de ce passage, la Cour abandonne ici le critère des compétences de l'organe pour se concentrer sur la question de la proportion du nombre d'étudiants dans la composition de l'organe. Dans un premier temps, elle rappelle ainsi que les pouvoirs organisateurs sont toujours libres de déterminer la composition de 80% de leurs conseils de gestion. Certains jugent cet argument purement théorique, les pouvoirs organisateurs devant par ailleurs accorder une représentation aux différents corps qui composent

¹⁴⁹ Voy. not. *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1996-1997, n° 127, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 25.290/9 du 25 septembre 1996, p. 16, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 12/5, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 30.462/2, pp. 10 et 11, *Doc.*, Parl. R.W., 2002-2003, n° 523/1, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 34.403/2, p. 48.

¹⁵⁰ *Doc.*, Parl. R.W., 2007-2008, n° 790/1, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 44.265/4, p. 10.

¹⁵¹ Voy. *supra*, n° 35.

¹⁵² B.2.12.

¹⁵³ E. MAES, « De verplichte inspraak in de onderwijsinstelling [...] », *op. cit.*, p. 377.

¹⁵⁴ B.15. Voy. *supra*, n° 37.

la communauté universitaire¹⁵⁵. Il n'appartient pas à la Cour d'apprécier si ce décret peut se concilier avec les pratiques, librement consenties, de certains établissements consistant à donner une représentation, égalitaire ou non, à chacun de ses corps. Le problème se poserait différemment si d'autres dispositions décrétales imposaient des quotas pour les représentants des professeurs, des scientifiques et des autres travailleurs. En l'absence de tels décrets, la Cour n'a pas à se prononcer ni sur de tels quotas ni sur la volonté du législateur de privilégier les étudiants pour autant qu'elle soit suffisamment justifiée¹⁵⁶. En revanche, il y a lieu de s'interroger sur la cohérence de la Cour lorsque celle-ci relève que l'objectif du décret est de protéger les droits des étudiants et lorsqu'elle constate que le poids du vote des étudiants est limité. Si cela permet à la Cour d'affirmer qu'il n'y a pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'enseignement, ne devrait-elle pas d'abord conclure qu'une telle disposition n'est pas en adéquation avec l'objectif poursuivi et achever là l'examen du décret attaqué? Sur cette question, il est regrettable que la Cour n'ait pas donné davantage d'écho à l'avis du Conseil d'État qui pointait l'absence de justification d'un tel chiffre et de la nécessité d'une représentation étudiante dans les organes visés pour les matières énumérées¹⁵⁷. Ces demandes de justification sont d'autant plus légitimes qu'elles portent sur ce qui fait la différence entre le décret « participation » et les articles 1^{er} à 3 du décret du 31 mai 1999¹⁵⁸ qui prévoyait une participation étudiante dans les instances universitaires sans fixer de quota et pour une liste de matières bien plus courte.

41. – Evelyne Maes dégage trois aspects de la liberté active : la liberté d'ouvrir une école (*vrijheid van oprichting*), celle de déterminer le projet idéologique et/ou pédagogique (*vrijheid van richting*) et la liberté d'organiser un établissement (*vrijheid van inrichting*). Avec cet arrêt, cette dernière liberté est réduite à une acception purement instrumentale, au service des deux autres libertés¹⁵⁹. Cette nouvelle acception de la liberté d'organisation, qui devra néanmoins être confirmée par la Cour, témoigne du déplacement opéré dans l'appréciation de l'étendue de la liberté d'enseigne-

¹⁵⁵ Not. J. DE GROOF, « Het onderwijs is vrij (art. 24, § 1, al. 1 G.W.) », *op. cit.*, p. 159.

¹⁵⁶ Nous nous permettons de recommander à ceux qui souhaitent assurer une représentation équilibrée des corps de réinterroger la pratique qui consiste à attribuer des sièges des organes de gestion à des personnes extérieures à la communauté universitaire.

¹⁵⁷ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 406, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 33.764/2 du 4 décembre 2002, p. 26.

¹⁵⁸ Décret de la Communauté française du 31 mai 1999 portant certaines réformes en matière d'enseignement supérieur, *M.B.*, 25 août 1999.

¹⁵⁹ E. MAES, « De verplichte inspraak in de onderwijsinstelling [...] », *op. cit.*, p. 383.

ment. Ainsi, la Cour ne s'émeut pas de constater que la marge de manœuvre des pouvoirs organisateurs est de plus en plus restreinte par une législation qui, d'une part, règle des pans essentiels de la vie des établissements à la place des pouvoirs organisateurs et, d'autre part, s'immisce dans les procédures de décision internes des établissements. Ce dernier aspect a pour conséquence que, même dans les domaines qui ne connaissent pas d'intervention législative, le pouvoir de décision des autorités scolaires ou académiques n'est plus total.

II

La liberté active et le principe d'égalité dans l'enseignement

42. – Comme nous l'avons vu dans la partie que nous venons de clore, la liberté active peut entrer en conflit avec différentes exigences tenant à l'intérêt général : la nécessité de réaliser des économies financières, l'équivalence des formations, la qualité de l'enseignement ou encore la défense des droits des étudiants. Nous nous attarderons ici sur la tension entre la liberté active et le principe d'égalité contenu à l'article 24, § 4 de la Constitution. Ne fût-ce que par la taille du contentieux que cette question suscite et par la relative cohérence de la jurisprudence de la Cour, cette problématique mérite d'être approfondie au moins sur deux aspects : les inégalités entre étudiants et entre membres du personnel dans la possibilité de contester les décisions les concernant devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État (**a**) et les inégalités en matière de statut du personnel (**b**). Neuf arrêts ont été rendus sur ce thème.

a) Différences entre réseaux et recours devant le Conseil d'État

43. – La Cour constitutionnelle participe à la controverse, nourrie par de nombreuses études doctrinales¹⁶⁰, de la compétence du Conseil d'État de connaître des recours dirigés contre les décisions des établissements libres. Elle le fait à sa manière en fondant ses décisions sur ce qu'implique le principe de liberté d'enseignement.

44. – Dans l'arrêt **66/99** du 17 juin 1999, la Cour a été saisie d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'État quant à la violation de l'article 24, § 4 par la différence de traitement établie entre le personnel du réseau libre subventionné et celui du réseau officiel subventionné en ce que seuls les membres de ce dernier ont accès au Conseil d'État en tant que juge d'annulation. La Cour a répondu par la négative. Pour être admissibles, les différences de traitement doivent être fondées sur les caractéristiques propres aux pouvoirs organisateurs. « Le principe d'égalité en matière d'ensei-

¹⁶⁰ Pour les références de ces études, voy. D. DÉOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *A.P.T.*, 2004, pp. 95 à 106.

nement ne saurait être dissocié des autres garanties contenues à l'article 24 de la Constitution. L'article 24, § 1^{er}, de la Constitution l'affirme : l'enseignement est libre. Cette disposition implique, d'une part, que la dispensation d'un enseignement n'est pas une matière réservée aux pouvoirs publics et, d'autre part, qu'un pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné, tant qu'il s'en tient aux dispositions concernant le subventionnement, le contrôle qualitatif et l'équivalence des diplômes et certificats – conditions qui ne sont pas en cause en l'espèce –, peut offrir un enseignement qui, contrairement à celui de l'enseignement officiel, est basé sur une conception philosophique, idéologique ou religieuse de son choix¹⁶¹. La Cour fait ainsi le lien entre égalité et liberté en rappelant sa jurisprudence sur le principe de liberté d'enseignement. Ce rappel est de nature à étonner tant sa formulation est inhabituelle. Lorsqu'elle exprime ce qu'implique la liberté d'enseignement, le raisonnement de la Cour est ici inversé par rapport à son considérant canonique¹⁶² : elle prend les limites pour le principe¹⁶³. À l'exception de deux autres arrêts¹⁶⁴, cette jurisprudence demeure toutefois isolée. Après cet étrange considérant, la motivation de la Cour se poursuit dans une autre perspective : la Cour prend désormais comme point de départ la liberté d'enseignement. Celle-ci comprend une liberté de choix du personnel qui « a donc des répercussions sur les rapports de travail entre [un] pouvoir organisateur et son personnel et justifie que la désignation et la nomination du personnel de l'enseignement libre subventionné se fassent par contrat. L'article 144 de la Constitution attribue à la connaissance exclusive des tribunaux judiciaires les litiges qui ont pour objet des droits civils. En tant qu'ils désignent et nomment les membres de leur personnel de la manière régie par les dispositions soumises à la Cour, les pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre subventionné ne sont pas des autorités administratives et ne relèvent donc pas de la compétence du Conseil d'État. La différence de traitement en cause, sur le plan de la garantie juridictionnelle offerte respectivement au personnel de l'enseignement libre et à celui de l'enseignement officiel, trouve dès lors sa justification dans la Constitution elle-même »¹⁶⁵. Les motifs de cet arrêt ont été repris, *in extenso*, dans l'arrêt **87/2002** du 8 mai 2002¹⁶⁶. L'arrêt **34/2000** du 29 mars 2000 fait état de

¹⁶¹ B.3.4.

¹⁶² Voy. *supra*, n° 2.

¹⁶³ F. DELPÉREÉ, A. RASSON-ROLAND et B. RENAULD, «La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1999», *R.B.D.C.*, 2000, p. 257.

¹⁶⁴ Il s'agit de l'arrêt 87/2002, B.3.4. où la Cour a été saisie d'une question préjudicielle similaire et où, assez logiquement, elle y a apporté une réponse semblable et de l'arrêt 97/2005, B.8. Voy. *infra*, n° 81.

¹⁶⁵ B.4.

¹⁶⁶ B3.4. et B.4.

la même motivation tout en puisant la justification constitutionnelle non plus dans l'article 144 mais dans l'article 160 de la Constitution¹⁶⁷. Dans ce domaine, la Cour semble invoquer à la légère le fondement constitutionnel de la différence de traitement. Ainsi, dans l'arrêt **8/2001** du 31 janvier 2001, la Cour parvient également à la conclusion que la différence de traitement n'est pas discriminatoire sans toutefois la fonder sur une disposition constitutionnelle mais sur les caractéristiques propres des établissements relevant de réseaux différents¹⁶⁸. Il nous semble pourtant que la Cour doit faire preuve de retenue lorsqu'elle fait usage de l'argument du fondement constitutionnel de la différence de traitement vu qu'elle ne peut, en pareil cas, contrôler le respect du principe d'égalité.

Toujours est-il que cette jurisprudence confirme que le Conseil d'État n'est pas compétent pour statuer sur les recours des membres du personnel des établissements libres.

45. – En ce qui concerne les recours des étudiants des établissements libres, la question est plus complexe en raison de l'arrêt **41/2003** du 9 avril 2003. Il s'agit de nouveau d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'État portant sur la compatibilité entre le principe d'égalité dans l'enseignement et l'incompétence du juge administratif de connaître des recours introduits contre les décisions de feues les commissions de délivrance des attestations pour les études de science dentaire. La Cour constate qu'il y a effectivement une différence de traitement entre les étudiants des universités libres et ceux des universités de la Communauté française. Cette différence de traitement est toutefois fondée sur une caractéristique propre des pouvoirs organisateurs, à savoir leur nature juridique. Cette dernière justifie que « soit exclue la compétence du Conseil d'État pour ce qui a trait aux litiges nés des relations contractuelles d'une université libre, notamment celles qui la lient à son personnel »¹⁶⁹. La référence au personnel, dans une affaire qui ne concerne que les étudiants, n'est pas innocente. Elle vise à rappeler l'incompétence du Conseil d'État pour les recours du personnel

¹⁶⁷ B.5.6.

¹⁶⁸ B.10. À noter que la Cour avait déjà établi la différence entre les membres du personnel des établissements organisés, statutaires, et ceux des établissements libres qui, « même si leur situation juridique déroge au droit commun des contrats de travail depuis la loi du 27 juillet 1971, sont toujours dans un rapport de travail de droit privé établi par un contrat » (Arrêt 82/95, B.4.2). Cet arrêt tranchait avec une partie de la jurisprudence, notamment des chambres flamandes du Conseil d'État qui se déclaraient compétentes pour connaître des demandes des membres du personnel des établissements libres portées devant elles. R. WITMEUR, *op. cit.*, p. 834. Bien qu'il ne concerne pas directement la compétence du Conseil d'État, il affirme la différence de nature juridique des relations de travail.

¹⁶⁹ B.6.

tout en laissant présager que, pour ceux des étudiants, la situation est différente. En effet, la Cour ajoute que la nature juridique de l'université n'a aucune incidence sur les avis que cette commission rend et les recours qui permettent d'en contester la validité. Il y a donc une différence de traitement dépourvue de fondement. Cette inégalité conduit les étudiants des établissements à jouir d'une garantie juridictionnelle moindre puisqu'ils ne peuvent introduire d'actions que devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. « 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'État, n'ont qu'une autorité de la chose jugée relative. »¹⁷⁰ Si l'on avait pu attendre de la Cour qu'elle conclue que la question préjudicielle appelle une réponse positive, ce serait sans compter sur sa capacité à surprendre. Le juge constitutionnel reprend donc la plume pour affirmer que la commission est une autorité administrative. « Elle est créée à l'initiative des pouvoirs publics. Les avis qu'elle donne et les attestations qui les constatent sont obligatoires pour les intéressés et ils lient les tiers : ils seraient opposables à l'université de la Communauté où l'étudiant qui fait l'objet d'un avis défavorable déciderait de s'inscrire pour poursuivre le deuxième cycle de ses études en science dentaire. »¹⁷¹ Il y a violation du principe d'égalité si l'interprétation des dispositions en cause ne permet pas à tous les étudiants de porter des recours devant le Conseil d'État. Il n'y a pas de violation de ce principe si l'interprétation offre cette possibilité. La Cour conclut donc par un dispositif alternatif dont l'utilisation est critiquable puisque la Cour met sur le même pied une interprétation conforme et une interprétation inconstitutionnelle, comme si elle ne tranchait pas la question¹⁷².

46. – Cet arrêt marque deux revirements dans la jurisprudence de la Cour. En consacrant la possibilité pour les étudiants des institutions libres de déposer des recours devant le Conseil d'État pour un cas assez spécifique, le juge constitutionnel a permis à la Cour de cassation et au Conseil d'État de reconnaître la possibilité de contester, devant le juge administratif, les décisions des jurys, tant celles par lesquelles les jurys délivrent des diplômes, certificats et attestations assortis d'une valeur légale que celles relatives aux années intermédiaires¹⁷³. Toutefois, les autres décisions des établissements libres à l'égard des élèves et étudiants demeurent de la com-

¹⁷⁰ B.7.

¹⁷¹ B.9.

¹⁷² B. LOMBAERT, « Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1996, p. 352.

¹⁷³ D. DÉOM, « Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non », *op. cit.*, pp. 98 et 99.

pétence exclusive des cours et tribunaux¹⁷⁴. Le second revirement que marque cet arrêt se situe dans l'appréciation des garanties juridictionnelles données par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire en comparaison avec celles offertes par le Conseil d'État. En effet, la Cour change d'appréciation par rapport à plusieurs arrêts où elle estimait que les garanties juridictionnelles étaient équivalentes¹⁷⁵. Il est d'ailleurs assez curieux de constater que lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les recours ouverts aux membres du personnel des établissements libres, la Cour ne considère pas que les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire offrent des garanties juridictionnelles moindres, quand bien même elle mettrait en lumière l'absence de compétence d'annulation de ces juridictions¹⁷⁶.

47. – La portée de l'arrêt 41/2003 peut être élargie si l'on prend en compte la formulation de certains considérants. Si être créé à l'initiative des pouvoirs publics et prendre des décisions qui lient les tiers sont les critères à prendre en compte pour être considéré comme une autorité administrative, il faudrait en conclure que presque l'ensemble des décisions des établissements libres, qui s'adressent aux étudiants, sont des actes d'autorité administrative¹⁷⁷. Le pas n'a été franchi ni par la Cour de cassation ni par le Conseil d'État. C'est que ce considérant de la Cour constitutionnel ne va pas sans soulever des difficultés. Considérer que les commissions pour les sciences de dentisterie sont créées à l'initiative des autorités publiques, c'est admettre une ingérence importante dans la liberté d'enseignement des établissements qui, combinée à la liberté d'association, interdit au législateur de créer une institution au sein d'une association privée¹⁷⁸. Il semblerait que, pour fonder la compétence du Conseil d'État, la Cour ne voie pas d'autres moyens que de limiter la liberté d'enseignement. Ne peut-elle pas procéder d'une autre manière en considérant que la différence entre réseaux, qui découle de la liberté d'enseignement, ne constitue pas un critère de justification admissible à l'inégalité de traitement en cause ?

¹⁷⁴ X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁵ Arrêts 57/92 du 14 juillet 1992, B.7., 109/2001 du 20 septembre 2001, B.8.2. et 68/2002 du 28 mars 2002, B.6. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *op. cit.*, p. 70, et D. DÉOM, «Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non», *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁶ Arrêt 8/2001 du 31 janvier 2001, B.10.

¹⁷⁷ En particulier depuis l'adoption du décret «Bologne» qui règle de manière assez précise notamment les règles de composition et de fonctionnement des jurys ainsi que l'évaluation des étudiants.

¹⁷⁸ X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *op. cit.*, pp. 40 et 41.

b) Statut du personnel et autonomie des pouvoirs organisateurs

48. – Les différences de statuts entre le personnel des établissements libres et celui des établissements officiels sont, elles aussi, fondées sur la liberté d'enseignement. Dans l'arrêt 38/96, la Cour semblait pourtant prendre une direction différente en affirmant que « 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 »¹⁷⁹. Toutefois, comme le fait remarquer le Conseil d'État, si, dans un premier temps, la Cour constitutionnelle a mis l'accent sur le principe d'égalité, « dans les arrêts plus récents, elle insiste davantage sur la nécessité de respecter l'autonomie des pouvoirs organisateurs subventionnés »¹⁸⁰.

49. – Outre les arrêts commentés plus haut¹⁸¹, quatre arrêts portant sur les différences en matière de statut du personnel confirment cette tendance. Par l'arrêt **85/99** du 15 juillet 1999, la Cour répond à une question préjudicielle sur l'existence d'une violation de l'article 24, §4 par le décret du 27 mars 1991 relatif au statut de certains membres du personnel de l'enseignement communautaire¹⁸² notamment en ce que ce décret prescrit le licenciement pour les membres du personnel de l'enseignement de la Communauté flamande frappé par la mention « insuffisant » pendant deux années scolaires consécutives alors qu'une disposition similaire fait défaut pour le personnel de l'enseignement subventionné¹⁸³. La Cour affirme que « le principe d'égalité en matière d'enseignement ne saurait toutefois être dissocié des autres garanties établies par l'article 24 de la Constitution ». Compte tenu de la liberté d'enseignement, poursuit la Cour, « le législateur décrétaal pouvait raisonnablement laisser une marge d'appréciation aux pouvoirs organisateurs de l'enseignement subventionné en ce qui concerne la cessation définitive de fonction d'un membre du personnel lorsque celui-ci

¹⁷⁹ B.5.3.

¹⁸⁰ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 330, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 33.521/2 du 18 septembre 2002.

¹⁸¹ *Voy. supra*, n°s 44 et 45.

¹⁸² *M.B.*, 25 mai 1991.

¹⁸³ La question porte également sur l'existence d'une inégalité entre ce qui est prévu dans les enseignements communautaires flamand et francophone. La Cour répond, logiquement, par la négative étant donné que ce genre d'inégalité est une conséquence de la communautarisation de l'enseignement.

n'accomplit pas convenablement sa mission ». En revanche, pour l'enseignement de la Communauté, l'existence d'une sanction automatique lorsque les prestations de l'intéressé sont insuffisantes se justifie par « la volonté de garantir la qualité de l'enseignement, ouvert à tous, dont la Communauté a la responsabilité »¹⁸⁴. Manifestement, l'objectif de qualité n'a pas conduit le législateur à restreindre ici la liberté d'enseignement, alors que cet objectif fonde pareille limitation ailleurs. La liberté d'enseignement fournit, à nouveau, un critère objectif et pertinent pour maintenir des différences de traitement.

50. – Un tel raisonnement est repris dans l'arrêt **73/2002** du 23 avril 2002¹⁸⁵, l'arrêt 97/2005 du 1^{er} juin 2005¹⁸⁶ et l'arrêt **104/2001** du 13 juillet 2001¹⁸⁷. Ce dernier arrêt illustre, selon nous, que la Cour manque de rigueur dans sa motivation même lorsque celle-ci s'exerce à dépasser le simple constat qu'il existe des différences entre les réseaux pour justifier un traitement inégal. Il y a, dans cet arrêt, un essai d'évaluer si la pluralité des réseaux, dans le cas concret, est à même de justifier un traitement inégal. Nous ne jugeons pas cet essai concluant. L'objet du recours en annulation est l'article 25 du décret de la Communauté flamande du 18 mai 1999 relatif à l'enseignement-XI¹⁸⁸ auquel il est reproché d'établir une différence de traitement injustifiable entre, d'une part, l'enseignement communautaire, qui ne peut procéder à une nouvelle affectation qu'à la demande du membre du personnel concerné et, d'autre part, l'enseignement officiel subventionné, pour lequel une nouvelle affectation au sein d'un pouvoir organisateur peut avoir lieu sur décision unilatérale du pouvoir organisateur. La Cour relève que la volonté du législateur est d'éviter aux membres du personnel d'être réaffectés dans un établissement trop éloigné. Les règles sont, par conséquent, plus souples, du point de vue du pouvoir organisateur, pour l'enseignement officiel subventionné puisque sa compétence est territorialement liée : l'autonomie provinciale et communale établit les limites territoriales au droit d'initiative des pouvoirs organisateurs. Sans qu'on l'ait interrogé là-dessus, la Cour admet que, pour l'enseignement libre subventionné, l'accord de l'intéressé est nécessaire. En effet, cet enseignement jouit d'une liberté qui a pour conséquence que des établissements très éloignés peuvent avoir le même pouvoir organisateur. En ce qui concerne l'en-

¹⁸⁴ B.3.5.

¹⁸⁵ B.3.

¹⁸⁶ B.8.

¹⁸⁷ B.5. et B.6.1.

¹⁸⁸ *M.B.*, 31 août 1999.

seignement communautaire, la motivation de la Cour est bien moins convaincante. La Cour estime là encore que la différence est justifiée. L'enseignement communautaire ne connaît qu'un pouvoir organisateur pour l'ensemble du territoire de la Communauté. Répondant à cet argument, les requérants soulevaient qu'il existe des groupes d'écoles au sein desquels il devrait être possible de procéder à une nouvelle affectation dans un rayon géographique acceptable¹⁸⁹. La Cour n'a pas cru utile de donner suite à cet argument. Elle a pourtant eu l'occasion de démontrer qu'elle ne se limitait pas au critère objectif de l'existence de plusieurs réseaux.

*
* *
*

51. – La pertinence de la consécration de l'égalité dans l'enseignement, par rapport au principe d'égalité et de non-discrimination qui découle des articles 10 et 11 de la Constitution, a été plusieurs fois interrogée¹⁹⁰. Contre l'idée de l'inutilité de l'article 24, §4, la jurisprudence récente de la Cour confirme la thèse exprimée par Xavier Delgrange : en raison de cet article, le principe d'égalité a une portée moindre dans le domaine de l'enseignement. Si la première phrase de l'article 24, §4 reproduit le contenu des articles 10 et 11, la seconde phrase permet à la Cour d'effectuer un contrôle restreint¹⁹¹. À la lecture du premier arrêt de la Cour constitutionnelle sur la liberté d'enseignement, l'arrêt 38/91, Marc Uyttendaele constatait déjà que la Cour avait fait surplomber le principe d'équilibre des réseaux sur celui d'égalité¹⁹². La Cour semble effectivement attachée à ce principe d'équilibre, coulé dans le bronze par le Pacte scolaire, tout en s'évertuant à le fonder sur la liberté d'enseignement. Celle-ci est bien souvent davantage un prétexte qu'une justification objective et raisonnable. Car la liberté d'enseignement n'a plus une telle portée. Il est ainsi particulièrement paradoxal de constater que cette liberté que la Cour ne cesse de restreindre, en tout cas dans les possibilités laissées aux pouvoirs organisateurs de sélectionner leur

¹⁸⁹ A.2.

¹⁹⁰ Not. M. UYTENDAELE, «La liberté de l'enseignement après 1988 (liberté, égalité et équilibre) dans l'enseignement communautarisé», *L'enseignement en Europe, l'enseignement en Belgique : analyse, bilan et perspectives*, Bruxelles, Publ. ULB, 1992, p. 117, M. LEROY, «La communautarisation de l'enseignement», *op cit.*, p. 73 et R. WITMEUR, *op. cit.*, p. 833.

¹⁹¹ X. DELGRANGE, «L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», *op. cit.*, p. 68.

¹⁹² M. UYTENDAELE, «La liberté de l'enseignement après 1988 [...]», *op. cit.*, pp. 119 et 120.

personnel¹⁹³ et leurs élèves¹⁹⁴, puisse encore fonder une vision étriquée du principe d'égalité¹⁹⁵.

¹⁹³ Voy. *supra*, n^{os} 29 à 33.

¹⁹⁴ Voy. *infra*, n^{os} 54 à 58.

¹⁹⁵ En ce sens, X. DELGRANGE, «S.O.S. Bonheur», *op. cit.*, pp. 73 à 76.

III

La liberté passive

52. – La liberté passive est indissociable de la liberté active de l'enseignement. En effet, tous les droits qui découlent de celle-ci sont purement théoriques s'ils ne s'accompagnent pas d'une liberté, pour les parents, de choisir l'établissement scolaire de leur enfant (**a**). Ce libre choix de l'école doit se fonder sur le projet philosophique et pédagogique des établissements. Il ne peut donc être faussé par des considérations financières et notamment par des avantages sociaux accordés exclusivement aux élèves de l'officiel (**b**). Le principe d'absence de barrière financière au libre choix s'applique sûrement pour l'enseignement obligatoire. Pour l'enseignement supérieur, la réponse est moins aisée, en tout cas d'un point de vue juridique (**c**). Outre le libre choix de l'école, la Constitution consacre pour les élèves de l'officiel, la liberté de choisir entre un cours d'une des religions reconnues ou de morale non confessionnelle (**d**). Neuf arrêts de la période sous revue sont liés à ces questions.

a) Le libre choix d'un établissement

53. – La problématique des inscriptions est probablement le lieu où les tensions entre liberté active et liberté passive sont les plus fortes¹⁹⁶. Si la Constitution fait explicitement peser sur les Communautés la garantie du libre choix des parents, la Cour constitutionnelle a admis, dans l'un de ses premiers arrêts en la matière, qu'une des différences entre les établissements de l'enseignement libre et ceux de l'enseignement communautaire tenait à la possibilité, pour les premiers, de sélectionner leurs élèves¹⁹⁷. Dans cette jurisprudence de jeunesse, la Cour semblait faire primer la liberté active sur la liberté passive en se fondant sur la différence de statut juridique entre les établissements.

Dans l'arrêt **110/98**, elle a eu l'occasion d'affiner cette distinction en considérant que l'enseignement officiel subventionné était, à l'instar de

¹⁹⁶ Pour une étude plus récente et plus approfondie de cette question, voy. X. DELGRANCE et M. EL BERHOUMI, « Inscire son enfant dans une école francophone, comment sortir du libre de la jungle? », *T.O.R.B.*, 2008-2009, n° 6, à paraître.

¹⁹⁷ Arrêt 27/92 du 2 avril 1992, 4.B.2.

l'enseignement organisé par la Communauté, dans l'obligation d'accepter tous les candidats à l'inscription. La Cour voit dans les principes d'égalité et de non-discrimination et dans la règle de neutralité, une opposition « 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 ». Cette différence « 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 »¹⁹⁸. Cet arrêt, tout en maintenant une préférence pour la liberté active, encadre néanmoins la possibilité de sélection en la liant directement à la spécificité pédagogique des établissements de l'enseignement libre et non à leur statut de personne de droit privé¹⁹⁹.

54. – Les législateurs décrets ont progressivement fait primer le libre choix sur la liberté active. Le décret de la Communauté française du 12 juillet 2001 visant à améliorer les conditions matérielles des établissements de l'enseignement fondamental et secondaire²⁰⁰ et le décret flamand du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances en éducation-I²⁰¹ consacrent un véritable droit à l'inscription dans l'école choisie, indépendamment du réseau auquel elle appartient.

L'arrêt **131/2003** du 8 octobre 2003 donne un certificat de constitutionnalité à ces évolutions décrets. Il marque ainsi un revirement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans leur mémoire, les parties requérantes reprochent aux nouvelles dispositions flamandes de menacer l'identité des écoles en instaurant un droit à l'inscription soumis, outre le respect des conditions d'admission, à la seule condition, pour ce qui est du libre subventionné, de l'adhésion de l'élève au projet pédagogique et au règlement scolaire. Pour les parties requérantes, cette exception au droit à l'inscription est purement théorique car « le pouvoir organisateur n'est pas en mesure de contrôler les intentions véritables des candidats-élèves ». La Cour s'inscrit, dans un premier, temps dans la continuité de sa jurispru-

¹⁹⁸ Arrêt 110/98 du 4 novembre 1998, B.5.3

¹⁹⁹ J. SAMBON, « Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1999, p. 304 et J. DE GROOF, « Het onderwijs is vrij (art. 24, §1, al. 1 G.W.) », *op. cit.*, pp. 151 à 153.

²⁰⁰ *M.B.*, 2 août 2001.

²⁰¹ *M.B.*, 14 septembre 2002.

dence. « 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. Cette liberté n'implique pas que les parents et les élèves aient un droit inconditionnel d'inscription dans l'école de leur choix »²⁰². Dans un second temps, la Cour rappelle le contenu de la liberté active. Il est intéressant de noter à ce propos que la Cour ajoute dans ses phrases rituelles sur le droit au subventionnement, parmi les exigences tenant à l'intérêt général, l'égalité d'accès à l'enseignement²⁰³. Dans un troisième temps, la Cour opère une articulation entre liberté active et liberté passive : « 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 arbitraire »²⁰⁴. La Cour constate que, sous l'empire de cette nouvelle législation, le droit à l'inscription n'est pas absolu. Elle relève ainsi les différentes exceptions maintenues par le législateur flamand²⁰⁵ pour conclure que la disposition attaquée n'implique pas une limitation disproportionnée de la liberté d'enseignement.

55. – Si l'arrêt 110/98 validait les différences entre les réseaux dans cette matière²⁰⁶, l'arrêt 131/2003 ne les mentionne pas. La Cour considère que les articles querellés du décret du 28 juin 2002 respectent la Constitution, admettant par là que les écoles de tous les réseaux soient soumises à des règles identiques²⁰⁷. On peut constater toutefois que l'arrêt 110/98

²⁰² B.5.1.

²⁰³ B.5.2.

²⁰⁴ B.5.3. Ce considérant a déjà été formulé dans les arrêts 25/92, B.4.3. et 28/92, B.6.4. À noter que ces arrêts n'utilisaient pas le mot « arbitraire » mais « illégitime ».

²⁰⁵ B.5.6. Un pouvoir organisateur peut notamment refuser l'inscription qui compromet la sécurité des élèves, celle d'un élève qui a fait l'objet d'une exclusion définitive de l'école qu'il organise ou l'inscription d'un élève qui parle ou ne parle pas le néerlandais chez lui afin de garantir la proportion entre les deux groupes linguistiques d'élèves.

²⁰⁶ Voy. *supra*, n° 53.

²⁰⁷ X. DELGRANGE, « S.O.S. Bonheur », *op. cit.*, p. 57.

ouvrait la porte à cette évolution. En effet, le décret du 28 juin 2002 s'inscrit, au moins en partie, dans une volonté de respecter la jurisprudence de la Cour en maintenant une obligation d'adhérer au projet de l'établissement. De cette manière, un lien est maintenu entre l'accès à une école et le projet de cet établissement. Les requérants estimaient néanmoins que cette obligation était purement théorique. Elle apparaît plutôt redondante, du moins en Communauté française. En effet, l'article 76, alinéa 4 du décret « missions » stipule que, par l'inscription, il y a acceptation du projet éducatif, pédagogique, du projet d'établissement, du règlement des études et du règlement d'ordre intérieur. Cette règle vaut pour tout réseau. Ceci amène Jacques Sambon à considérer que « la différenciation des régimes d'inscription s'estompe entièrement »²⁰⁸. Si le revirement qu'opère l'arrêt 131/2003 n'est pas absolu, il n'en demeure pas moins important en ce que la Cour change de perspective. Elle prend comme point de départ le libre choix des parents tout en le faisant primer sur la liberté active.

56. – L'enseignement supérieur a connu la même évolution²⁰⁹. Pour s'en convaincre, il suffit de comparer l'article 16 du décret de la Communauté française du 5 septembre 1994²¹⁰ avec l'article 45 du décret « Bologne ». Héritière d'une articulation complexe entre liberté active et liberté passive, la première disposition énonçait : « L'étudiant choisit librement l'institution universitaire à laquelle il souhaite s'inscrire. Toutefois, par décision motivée, en application des dispositions réglementaires internes de leur institution, les autorités universitaires peuvent refuser l'inscription d'un étudiant ». La seconde disposition consacre, pour sa part, un réel droit à l'inscription, qui n'est même pas soumis à l'adhésion au projet idéologique et philosophique de l'établissement : « L'étudiant choisit librement l'établissement auquel il souhaite s'inscrire. Son inscription implique le respect du règlement des études ».

57. – Les nouvelles législations sur l'inscription des élèves dans l'enseignement obligatoire ont maintenu, malgré la consécration d'un droit à l'inscription, une condition de refus d'inscription, commune à tous les réseaux d'enseignement : l'insuffisance de locaux disponibles. Ce motif doit être dis-

²⁰⁸ J. SAMBON, « Les modifications apportées en matière d'inscription scolaire et de gratuité de l'enseignement », *A.P.T.*, 2002, p. 297.

²⁰⁹ Dont la première consécration fut dans le décret « Hautes écoles » du 5 août 1995.

²¹⁰ Décret de la Communauté française du 5 septembre 1994 relatif au régime des études universitaires et des grades académiques, *M.B.*, 8 novembre 1994. À noter que le juge constitutionnel a néanmoins encadré le pouvoir des autorités universitaires de refuser l'inscription d'un étudiant, en affirmant, dans l'arrêt 11/96 du 8 février 1996, que « ces autorités ne pourront user de cette faculté qu'en faisant application de critères fixés par des dispositions législatives » (B.7.).

tingué du cas où un élève ne remplit pas les conditions légales pour l'inscription. Ce cas ne donne pas lieu à un refus d'inscription à proprement parler puisque la compétence du chef d'établissement est entièrement liée²¹¹.

Le maintien, logique, du motif d'absence de place disponible a toutefois donné naissance à des situations où des chefs d'établissement contournaient le droit à l'inscription en cachant, derrière un refus pour insuffisance de locaux, une sélection sur la base de critères tels que le dernier bulletin de l'élève ou le milieu socioculturel dont il est issu²¹². Cette situation a conduit le législateur de la Communauté française à adopter le décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire²¹³, mieux connu sous le nom de décret « inscriptions ». Pour assurer le respect du mécanisme introduit par le décret de 2001 dans le décret « missions », le législateur entend désormais soumettre les inscriptions à une nouvelle procédure. Chaque demande d'inscription dans le 1^{er} degré du secondaire est actée dans un registre où sont repris le nom de l'élève, la date de la demande d'inscription et, le cas échéant, le motif du refus d'inscription. Aucune demande d'inscription ne peut être introduite avant une date fixée par le Gouvernement. Le décret offre une dérogation à ce principe pour certaines catégories d'élèves dont la demande d'inscription peut être introduite à une période antérieure à la date du régime ordinaire²¹⁴. Un autre volet du décret « inscriptions » limite les possibilités de changements d'établissement en cours de cycle et en cours d'année afin de s'inscrire dans la logique du décret « missions » qui organise l'enseignement par cycle et d'éviter les relégations et prétextes futiles au changement d'école²¹⁵.

²¹¹ J. SAMBON, « Les nouveaux droits des élèves en matière d'inscription, d'exclusion et de sanction des études », *op. cit.*, p. 300.

²¹² *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2006-2007, n° 354/3, Rapport de la commission de l'éducation sur le projet de décret portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire, p. 7.

²¹³ *M.B.*, 3 juillet 2007.

²¹⁴ Sont prioritaires dans un établissement, l'élève dont le frère ou la sœur fréquente cet établissement et l'élève dont un parent travaille au sein de cet établissement. Ce décret a été amendé par le décret de la Communauté française du 19 octobre 2007 modifiant le décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement secondaire, *M.B.*, 5 novembre 2007. Ce nouveau décret allonge la liste des élèves bénéficiant d'une priorité en y incluant les élèves fréquentant un internat qui collabore ou qui est organisé par l'établissement dans lequel ils souhaitent s'inscrire, les élèves en immersion dans les établissements secondaires qui organisent un apprentissage en immersion et les élèves fréquentant les écoles dites adossées, c'est-à-dire les écoles primaires ou fondamentales qui ont conclu une convention avec des écoles secondaires permettant l'inscription directe au 1^{er} degré de l'enseignement secondaire.

²¹⁵ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2006-2007, 354, n° 3, p. 7.

58. – Dans son arrêt **119/2008** du 31 juillet 2008, la Cour se prononce sur ce décret, dont la compatibilité avec la liberté d'enseignement passive est contestée par des parents d'élèves²¹⁶. Le recours porte sur les deux volets du décret. Pour ce qui est des règles en matière d'inscription, la Cour confirme sa jurisprudence : « les dispositions attaquées ne limitent pas en soi la liberté de choix des parents. En effet, ils peuvent introduire une demande d'inscription dans l'établissement scolaire de leur choix. Sauf en cas de refus d'inscription, qui doit être motivé, une place est proposée dès qu'elle est disponible au sein de l'établissement, dans l'ordre des demandes d'inscription »²¹⁷. La Cour reconnaît néanmoins que les mesures entreprises, en introduisant de nouvelles règles procédurales, sont de nature à limiter la liberté d'organisation des établissements. Cette limitation n'est pas déraisonnable pour la Haute juridiction. En effet, elle rappelle que les établissements étaient de toute manière tenus d'inscrire, selon les places disponibles, tout élève réunissant les conditions d'admission²¹⁸. L'obligation d'acter les inscriptions dans un registre contribue à la transparence du système mis en place. Le fait de ne pouvoir introduire des demandes d'inscription qu'à partir de la date fixée par le Gouvernement permet d'éviter « que les places disponibles soient occupées plusieurs années avant le début de l'année scolaire en question »²¹⁹. Ni l'obligation d'acter les inscriptions dans un registre, ni l'impossibilité d'introduire des demandes d'inscription avant une certaine date n'apparaissent donc comme des limitations disproportionnées apportées à la liberté d'enseignement. Si nous jugeons l'argumentaire de la Cour convaincant, nous n'en sommes pas moins étonné de constater qu'elle se prononce sur la question de l'atteinte à la liberté active d'enseignement. Lorsqu'elle est saisie par des parents d'élèves, ne doit-elle pas limiter son examen des mesures entreprises à une éventuelle violation de la liberté passive? Cela nous semble contradictoire avec l'arrêt 167/2005 où la Cour avait déclaré que les parties requérantes, des professeurs de l'ULg, n'ont pas d'intérêt à contester la constitutionnalité des règles relatives aux habilita-

²¹⁶ Nous laissons au lecteur les réflexions qu'inspire la liste des requérants qui, bien que nombreux, semblent tous être issus du même milieu social. Nous nous limiterons à citer Diane DÉOM : « pouvoir offrir à nos enfants une école qui nous ressemble, cela fait tout simplement partie de nos libertés ». D. DÉOM, « L'enseignement est libre : quel avenir pour une petite phrase riche de passé? », *op. cit.*, p. 446.

²¹⁷ B.17.3.

²¹⁸ À cet égard, il est piquant de constater que les requérants invoquent le droit des établissements subventionnés « de choisir leurs élèves sur base de critères admissibles » (A.5.4.). Cet argument est en quelque sorte un aveu que le système mis en place avant le décret « inscriptions » n'était pas respecté. Il témoigne, en outre, d'une méconnaissance des évolutions décrétales dans ce domaine, en particulier des modifications apportées par le décret du 12 juillet 2001.

²¹⁹ B.17.7.

tions car « 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 »²²⁰.

59. – Dans sa réponse au moyen concernant les limitations des changements d'école en cours de cycle, la Cour précise sa définition de la liberté de choix des parents. Cette liberté implique non seulement que les parents « sont libres de choisir un établissement d'enseignement, mais également qu'ils peuvent modifier ce choix »²²¹. La limitation de cette liberté poursuit, selon la Cour, un but légitime, à savoir réduire le consumérisme en matière d'écoles et garantir la continuité de la formation. La Cour examine ensuite les exceptions qu'a prévues le législateur décrétoal à ce système²²². Des changements sont, entre autres, permis en cas de nécessité absolue. L'article 12, 2°, § 5, alinéa 2 du décret « inscriptions » stipule qu'on entend notamment par nécessité absolue les cas où l'élève se trouve dans une situation de difficultés psychologique ou pédagogique telles qu'un changement d'établissement s'avère nécessaire. La Cour estime que « de ce que cette disposition utilise l'adverbe "notamment", il se déduit que d'autres raisons doivent pouvoir être admises, telles que celles qui tiennent au respect des convictions religieuses ou philosophiques »²²³. La Cour ajoute que lorsqu'un juge est saisi d'un recours sur cette question, il doit vérifier si les décisions de refus de changement d'écoles sont compatibles avec cette exigence de respect des convictions religieuses ou philosophiques²²⁴.

Le juge constitutionnel s'applique ensuite à articuler la liberté d'enseignement, d'une part, avec le respect de la vie privée et familiale et, d'autre part, avec la liberté de pensée, de conscience et de religion.

En ce qui concerne le respect de la vie privée, la Cour rappelle les exigences issues de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale doit être prévue par une disposition suffisamment précise, elle doit correspondre à un besoin social impérieux et elle doit être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi²²⁵. Toutefois, la Cour ne contrôle pas les mesures qu'elle en fonction de ces exigences. Elle aurait dû montrer en quoi

²²⁰ B.10.2. Voy. *supra*, n° 18.

²²¹ B.6.

²²² L'article 12, § 4 contient une liste de neuf cas où le changement d'établissement en cours de cycle est autorisé. Il s'agit, par exemple, des cas de changement de domicile et de séparation des parents qui entraîne un changement de lieu d'hébergement de l'élève.

²²³ B.8.2.1.

²²⁴ B.8.3.2.

²²⁵ B.10.3.

l'utilisation, par le législateur décrétoire, de l'adverbe «notamment» pour les motifs invocables dans le changement d'établissement, est compatible avec l'obligation de prévoir l'ingérence par une disposition suffisamment précise. Il nous semble, dès lors, que ce détournement par le respect de la vie privée et familiale ne limite ni n'étend le contrôle de la Cour. Renvoyant à ses considérants sur la liberté d'enseignement, la Cour estime qu'il n'y a pas d'immixtion manifestement déraisonnable dans le droit au respect de la vie privée et familiale.

L'examen relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion est expédié par la Cour. Celle-ci affirme que 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'un parent qui ne peut plus se retrouver dans le projet pédagogique d'un établissement pour des raisons de conviction religieuse ou philosophique, puisse, en principe, adapter son choix d'école²²⁶. En procédant de la sorte, on ne voit pas ce qu'elle ajoute par rapport à son interprétation extensive des cas de nécessité absolue où le changement d'école est permis.

La Cour juge le moyen non fondé tout en interprétant les dispositions querellées de telle sorte que les changements d'école pour des raisons de conviction religieuse ou philosophique sont admis. Par cela, elle ajoute un motif de changement d'école à une liste que d'aucuns ont estimée déjà trop longue pour assurer une lutte efficace contre les exclusions déguisées²²⁷.

60. – Lors de cet arrêt, la motivation de la Cour suit deux directions. Dans un premier mouvement, en continuité de l'arrêt 131/2003, la Cour fait prévaloir la liberté de choix sur la liberté active. Loin des réactions émotives qu'a suscitées le décret «inscriptions» dans certaines familles, la motivation de la Cour est d'une grande justesse. Le décret «inscriptions» ne conduit pas à limiter le libre choix des parents. Il se limite à imposer aux établissements des règles encadrant la procédure d'inscriptions afin d'éviter que ceux-ci sélectionnent leurs élèves. Dans un deuxième mouvement, la Cour admet une limitation de la liberté de choix pour des buts légitimes dont on peut souligner le caractère peu lisible. En effet, si la Cour adhère à l'analyse selon laquelle notre système d'enseignement permet un consumérisme scolaire, elle devrait préciser ce qu'elle entend par ce concept issu d'analy-

²²⁶ B.11.

²²⁷ H. ORBAN, «Le droit au changement d'école après l'arrêt n° 119/2008 de la Cour constitutionnelle : vœux pieux ou prérogative absolue?», *J.D.J.*, n° 284, 2009, pp. 8 et 9.

ses sociologiques. Elle devrait, en outre, montrer en quoi cette situation nuit à des motifs d'intérêt général tels que l'égalité entre les élèves. Nous ne remettons absolument pas en cause la pertinence de cette analyse mais, en l'absence d'une motivation plus complète, la Cour donne l'impression d'une certaine légèreté dans l'examen des atteintes à la liberté passive.

b) Le choix d'un établissement ne peut être influencé par des considérations financières

61. – La liberté de choix n'est réelle que si elle ne dépend pas d'imératifs financiers²²⁸. C'est cette idée qui a conduit le constituant à consacrer la gratuité de l'accès à l'enseignement. Dès 1842, des parlementaires avaient relevé qu'à partir du moment où certaines écoles étaient payantes, d'autres gratuites, «la liberté de choix [était] un leurre pour les plus démunis»²²⁹. L'idée de la gratuité fut à l'époque rejetée. Il fallut attendre que le XX^e siècle approche pour que le débat prenne une autre tournure en raison de deux éléments. En premier lieu, les barrières financières avaient tendance à défavoriser l'enseignement libre subventionné par rapport à l'enseignement officiel puisque le choix de toute une population pauvre se portait sur ce second pour son coût moindre, voire sa gratuité. En second lieu, le principe d'obligation scolaire, dont la première consécration fut la loi du 19 mai 1914, exige, si l'on ne veut pas qu'il pénalise les parents, d'abolir tous droits d'inscription.

62. – C'est dans ce même esprit que le législateur, dès la loi de 1914, a encouragé l'octroi d'avantages sociaux par les communes²³⁰. Les avantages sociaux 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»²³¹. Les avantages sociaux se trouvent donc à la croisée d'un souci d'alléger, pour les familles, le poids financier d'enfants

²²⁸ G. GENERET, «Les avantages sociaux dans l'enseignement», *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1999, n^{os} 1637-38, p. 5.

²²⁹ M. LEROY, «La liberté d'organiser un enseignement et la liberté de choisir un enseignement», *op. cit.*, p. 19.

²³⁰ J. DE GROOF, «Droit à l'instruction et liberté d'enseignement», *op. cit.*, p. 89.

²³¹ G. GENERET, «Les avantages sociaux dans l'enseignement», *op. cit.*, p. 5.

scolarisés et d'une exigence d'égalité entre les réseaux afin d'éviter toute situation de concurrence déloyale où le libre choix serait faussé.

La loi du Pacte scolaire, en son article 33, consacrait cette obligation de traitement égal en matière d'avantages sociaux. Dans cette disposition, le législateur souhaitait ne pas fournir de définition précise de la notion d'avantages sociaux et de délimitation de son contenu. La nécessité d'adapter la notion à l'évolution de la vie sociale a conduit le législateur à laisser au juge le soin de déterminer les contours de ce concept²³². Quelques décennies plus tard, le législateur de la Communauté française a radicalement changé de perspective en adoptant le décret du 7 juin 2001 relatif aux avantages sociaux²³³. Pour des raisons qui tiennent à la sécurité juridique et à la volonté d'étouffer un contentieux important où le juge se substituait au législateur²³⁴, le décret établit une liste limitative des prestations qui doivent être considérées comme des avantages sociaux.

63. – Dans son arrêt 56/2003 du 14 mai 2003, la Cour s'est prononcée sur la constitutionnalité de ce décret. La thèse des parties requérantes, dont le SEGEC et quelques établissements libres confessionnels, est que le décret, en énumérant de manière limitative les avantages sociaux, met à mal le libre choix d'un établissement car il fait en sorte que ce choix soit davantage influencé par des considérations financières. Les requérants estiment, en outre, que la liberté d'enseignement relève des droits économiques et sociaux auxquels est attaché un effet de *standstill*. Or, une liste exhaustive d'avantages sociaux marque un recul incompatible avec cet effet. Enfin, les parties requérantes dénoncent une violation du principe d'égalité en ce que le décret réserve un traitement plus favorable aux élèves fréquentant les établissements officiels subventionnés. Les mêmes arguments sont avancés pour demander l'annulation de l'article 2, 3^o et 7^o en ce qu'il limite les avantages sociaux à l'organisation de l'accueil des élèves une heure avant le début et une heure après la fin des cours et au transport des élèves vers une piscine qui n'est pas située sur le territoire de la commune. La Cour constitutionnelle reconnaît que « l'établissement d'une liste exhaustive de ce que recouvre la notion d'avantages sociaux marque un "recul" par rapport à la conception évolutive qui était celle de la loi du 29 mai 1959 »²³⁵. Toutefois, « la Cour n'est pas compétente pour apprécier si la disposition ancienne était

²³² M.-A. DELVAUX, « Guerre scolaire : suite... et fin? Étude des avantages sociaux dans l'enseignement », *R.R.D.*, 1996, p. 225.

²³³ *M.B.*, 26 juin 2001.

²³⁴ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 154-1, p. 2.

²³⁵ B.4.4.

meilleure que celle qui la modifie : le principe d'égalité et de non-discrimination ne s'oppose à ce que le législateur revienne sur des objectifs initiaux pour en poursuivre d'autres »²³⁶. En refusant d'évaluer le recul en la matière, la Cour balaie d'un revers de la main l'argument de violation de l'effet de *standstill*. Le Conseil d'État avait pourtant, lui aussi, pointé le recul que ce décret marquait dans le subventionnement de l'enseignement libre « qui se déduit de la comparaison de la notion d'avantages sociaux telle qu'elle est dégagée par la jurisprudence et telle qu'elle figure dans la liste exhaustive contenue à l'article 2 »²³⁷. Il avait appelé le législateur à justifier de manière plus pertinente ce recul. Une nouvelle fois, son appel a été ignoré, à tort selon nous, tant par le législateur que par la Cour. Nous regrettons que la Cour n'ait pas saisi l'opportunité de se positionner sur l'existence d'un effet de *standstill* attaché à la liberté d'enseignement. Cela révèle les difficultés qu'éprouve la Cour constitutionnelle à reconnaître « l'existence d'une obligation de *standstill* autrement qu'en lien avec les droits de la deuxième génération, en ce compris le droit à la protection d'un environnement sain »²³⁸. Ainsi, dans le domaine de l'enseignement, la Cour n'a reconnu pareille obligation qu'envers l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966²³⁹.

64. – Le reste de l'arrêt consiste en une lecture attentive des mesures querellées de la part de la Cour. Elle affirme que le décret établit sans équivoque une liste exhaustive. « Si d'autres avantages sociaux étaient octroyés, il s'agirait d'une violation, non de la Constitution mais du décret lui-même, ce qui échappe à la compétence de la Cour. Ce n'est qu'au cas où de tels avantages, accordés aux écoles organisées par la commune, la province ou la Commission communautaire française, seraient refusés aux écoles de la même catégorie de l'enseignement libre situées sur leur territoire que serait violé l'article 24, §§ 1^{er} et 4, de la Constitution. Mais cette violation ne relèverait pas davantage de la compétence de la Cour puisqu'elle serait imputable non au décret mais à une application illégale et discriminatoire de celui-ci. 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 pou-

²³⁶ B.4.5.

²³⁷ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2000-2001, n° 154, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 30.958/2 du 19 février 2001, p. 16.

²³⁸ I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 197 et 198, en particulier la note infrapaginale n° 8 de la page 198 où l'auteur critique la qualité de la motivation de la Cour dans l'arrêt 56/2003.

²³⁹ Voy. not. l'arrêt 33/92 du 7 mai 1992, B.4.3. I. HACHEZ, *op. cit.*, pp. 95 à 103.

voir organisateur. Si ces mesures dissimulaient des avantages sociaux, il s'agirait d'une violation du décret qu'il appartiendrait aux autorités compétentes de sanctionner. Les autorités mentionnées à l'article 3 pourraient toutefois octroyer des avantages supplémentaires en faisant usage de l'article 2, 10°, du décret, qui permet d'accorder des aides financières ou en nature à des groupements, associations ou organismes dont un des objets est l'octroi d'aides sociales réservées aux élèves. Mais de tels avantages n'échapperaient pas à la règle d'égalité inscrite à l'article 3, sous peine de méconnaître non seulement cette disposition mais également l'article 24, § 1^{er} et § 4, de la Constitution»²⁴⁰. Cette longue lecture du décret conduit la Cour à conclure qu'il n'y a pas de violation de la liberté d'enseignement ni de l'égalité dans l'enseignement.

La motivation de la décision de la Cour est très faible, voire inexistante sur des points essentiels. La Cour ne prend pas la peine de rappeler ses considérants habituels en matière de liberté d'enseignement. Elle se contente d'établir que le décret n'institue pas d'inégalité entre les élèves du point de vue de la fourniture d'avantages sociaux. Ceci lui semble suffire à écarter une atteinte à la liberté de choix. En témoigne cet étrange considérant de la Cour : « Il peut paraître discutable de ne prévoir l'accueil des élèves qu'une heure avant et une heure après les cours (article 2, 3°) et incongru de n'admettre le transport vers une piscine que si elle n'est pas située sur le territoire de la commune, sans avoir égard à la distance qui la sépare de l'école. Mais de telles limitations valent également pour les deux réseaux et n'établissent donc pas de discrimination entre ceux-ci »²⁴¹.

65. – La Cour s'emploie à une interprétation directive, qui consiste à indiquer aux autorités concernées comment le décret doit être appliqué²⁴². Cette interprétation n'a manifestement pas été comprise par certaines juridictions²⁴³ alors qu'il était raisonnable d'escompter que l'arrêt de la Cour constitutionnelle allait mettre fin aux contentieux en la matière²⁴⁴.

²⁴⁰ B.4.8 à B.4.10.

²⁴¹ B.4.11.

²⁴² G. ROSOUX, « Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage : une alternative à l'annulation », *R.B.D.C.*, 2001, p. 402.

²⁴³ Il existe une controverse sur la portée de l'arrêt. Marc UYTENDAELE estime, à raison selon nous, que l'action du juge est strictement encadrée par cet arrêt qui valide la technique de la liste exhaustive des avantages sociaux. Nous nous rallions à sa critique des arrêts de la Cour d'appel de Liège qui font fi de l'arrêt 56/2003 en estimant que la notion d'avantages supplémentaires permet au juge d'inclure de nouveaux avantages sociaux dans l'exigence d'égalité. M. UYTENDAELE, « Le décret du 7 juin 2001 relatif aux avantages sociaux et les arrêts de la Cour d'appel de Liège du 20 décembre 2004 – examen clinique d'une jurisprudence militante », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 577 à 581. *Contra* : P. COENRAET et G. GENERET, « La notion d'avantage social, un concept privé de toute utilité? », *J.T.*, 2005, pp. 506 et 507.

²⁴⁴ R. DOHOGNE, « Avantages sociaux : vers la fin des procédures? », *Scolaneus*, n° 6, 2003, pp. 3 et 4.

66. – Par cet arrêt, la Cour se range, une nouvelle fois, dans une optique d'équilibre entre réseaux plutôt que d'égalité entre établissements. Or, les inégalités de financement entre les réseaux sont connues : le réseau libre confessionnel demeure bien moins financé que les deux autres²⁴⁵. Accepter la validité du décret de 2001 relatif aux avantages sociaux revient à admettre un accroissement dans les inégalités de financement des réseaux. Pourtant, le système du décret de 2001 nous semble discutable notamment dans la distinction qu'il maintient entre avantages sociaux et pédagogiques. Les premiers peuvent être octroyés uniquement s'ils sont repris dans la liste de l'article 2. Dans ce cas, ils doivent l'être pour les élèves des deux réseaux. Les seconds ne sont limités par aucune liste et ne doivent pas être accordés aux élèves du libre. Or, la pertinence de cette distinction doit être interrogée : « comment affirmer que le cours de natation, dispensé durant les heures d'école, est un avantage social mais que les classes de neige sont des avantages pédagogiques ? »²⁴⁶. La Cour, en confirmant la mort de la conception évolutive des avantages sociaux, admet, par voie de conséquence, une limitation de la liberté de choix fondée sur d'autres motifs que financiers. Toutefois, comme le rappelle Xavier Delgrange, l'article 33 de la loi du Pacte scolaire est toujours d'application pour les communes de la Région de Bruxelles-Capitale. Étant donné que les communes de cette Région n'appartiennent pas exclusivement à la Communauté française, il appartient au législateur fédéral, dans le cadre de ses compétences dans les matières biéducatives, de régler cette question²⁴⁷. Néanmoins, la situation est plus complexe à Bruxelles puisque le décret de 2001 s'applique aux avantages sociaux fournis par la COCOF dans le cadre des compétences provinciales qu'elle exerce dans la Capitale. La Cour constitutionnelle y fait d'ailleurs référence²⁴⁸. Si le décret de 2001 entendait faire taire la controverse sur la matière des avantages sociaux, il semble que l'objectif est loin d'être atteint... Il crée en tout cas des inégalités inédites entre élèves, par-delà les réseaux, au sein du territoire de la Communauté française, voire au sein même de celui de la Région bruxelloise et, par conséquent, une concurrence déloyale qui nuit au libre choix.

²⁴⁵ X. DELGRANGE, «Le financement de l'enseignement et l'égalité entre les réseaux», *A.P.T.*, 2002, pp. 303 à 310.

²⁴⁶ X. DELGRANGE, «Les avantages sociaux, baromètre de la concurrence loyale entre les établissements scolaires», obs. sous Cass., 18 novembre 2004, *Rev. dr. comm.*, 2005/3, p. 61.

²⁴⁷ X. DELGRANGE, «Les avantages sociaux, baromètre de la concurrence loyale entre les établissements scolaires», *op. cit.*, pp. 60 et 61. L'auteur se fonde sur l'avis du Conseil d'État précité.

²⁴⁸ Arrêt 56/2003, B.4.8.

c) La liberté d'accès à l'enseignement supérieur

67. – Peut-on déduire de la liberté d'enseignement qu'elle s'oppose à ce que des barrières financières supplémentaires soient érigées dans l'enseignement supérieur? En d'autres termes, la liberté d'enseignement comprend-elle une liberté d'accès à l'enseignement supérieur? La Cour a eu à connaître à plusieurs reprises de cette question. Elle y répond, de manière implicite mais certaine, par la négative. Nous illustrerons notre propos par trois exemples récents.

68. – Dans l'arrêt **165/2005** du 16 novembre 2005, la Cour s'est prononcée sur un recours contre l'article 45 du décret «Bologne». La requérante, la Fédération des étudiant(e)s francophones (FEF), formule deux griefs à son encontre. Elle lui reproche, en premier lieu, de ne plus permettre l'étalement du paiement du minerval puisque l'article 45 stipule que l'inscription doit être effective au plus tard le 1^{er} décembre et qu'elle n'est effective qu'après le paiement complet du minerval. La requérante critique, en second lieu, la détermination d'un montant pour le taux intermédiaire du minerval qui obligerait les universités, qui souhaitent prélever un minerval intermédiaire moindre, à compenser la différence avec leur budget social. La requérante fonde ses griefs dans une atteinte, d'une part, au libre choix des étudiants, particulièrement ceux qui éprouvent des difficultés financières et, d'autre part, à la liberté active des établissements par l'ajout d'une condition de subventionnement, à savoir la réclamation des droits d'inscription avant le 1^{er} décembre. Dans l'ensemble de sa motivation, la Cour ne fait aucune référence à la liberté d'enseignement. Il faut toutefois souligner que les griefs de la FEF ne sont pas recevables pour ce qui est de l'ingérence dans la liberté active. Seuls les pouvoirs organisateurs peuvent soulever pareil moyen²⁴⁹. Pour ce qui est de la liberté passive, nous considérons que le silence de la Cour signifie qu'elle estime que la mesure querellée ne viole pas le libre choix²⁵⁰. Pour le surplus, la Cour n'accueille pas les moyens en raison de ce que malgré l'article 45 du décret «Bologne», il est toujours possible, grâce à l'action des services sociaux des universités, de permettre aux étudiants de payer moins que le taux intermédiaire du minerval ou d'étaler le paiement du minerval après le 1^{er} décembre. L'argumentaire de la Cour a de quoi surprendre. Elle ne semble pas s'émouvoir d'éléments dont elle reconnaît qu'ils peuvent rendre l'accès aux études plus difficile sous prétexte

²⁴⁹ Puisqu'ils sont les seuls destinataires de la liberté active. Voy. *supra*, n^{os} 4 et 18.

²⁵⁰ En ce sens, F. DELPÉRÉE, T. BOMBOIS, F. MOLINE et B. RENAULD, «Chronique de jurisprudence – 2005», *R.B.D.C.*, 2006, p. 338.

qu'il existe des services sociaux dont l'action et les budgets semblent, à ses yeux, extensibles à souhait. Pourrait-elle admettre une augmentation des droits d'inscription en prétextant que les services sociaux sont libres de soulager les étudiants d'une partie du minerval? L'usage de cet argument est d'autant plus critiquable que pour l'avancer, la Cour s'appuie sur une intervention de la ministre de l'Enseignement supérieur en commission parlementaire, postérieure de deux mois au dépôt du recours²⁵¹. Par ailleurs, le législateur a partiellement reculé en retardant la date limite du paiement du minerval au 1^{er} février²⁵².

69. – C'est d'augmentation de droits d'inscription dont il est question dans l'arrêt **28/2007** du 21 février 2007 et l'arrêt **56/2008** du 19 mars 2008. Ces arrêts concernent tous deux la nouvelle législation sur les droits et frais pouvant être réclamés, en plus du minerval, dans l'enseignement supérieur non universitaire²⁵³. La nouvelle législation en la matière répond à un jugement du tribunal de première instance de Namur du 10 février 2005 qui a déclaré que la perception de droits d'inscription complémentaires, étant dépourvue de base décrétable, ne respectait pas l'article 24, §5 de la Constitution. Le tribunal de Namur fonde l'exigence de légalité en matière de droit d'inscription en premier lieu sur la liberté d'enseignement. Il affirme ainsi que pour garantir le libre choix, «la Communauté subventionne l'enseignement qui ne relève pas directement d'elle, de manière à permettre aux établissements non communautaires d'offrir leurs services à des conditions équivalentes à celles des établissements communautaires». Étant subventionné, l'enseignement libre «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 soumis à l'article 24, paragraphe 5 de la Constitution»²⁵⁴.

²⁵¹ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2004-2005, Commission de l'enseignement supérieur, n° 19, p. 4.

²⁵² Décret de la Communauté française du 20 juillet 2005 portant diverses dispositions relatives à l'enseignement supérieur, *M.B.*, 1^{er} septembre 2005, article 7.

²⁵³ Décret de la Communauté française du 20 juillet 2005 relatif aux droits complémentaires perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire, *M.B.*, 31 août 2005 et décret de la Communauté française du 20 juillet 2006 relatif aux droits et aux frais perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire, *M.B.*, 16 août 2006.

²⁵⁴ Civ. Namur (2^e chambre), 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 551.

70. – Pour le tribunal de Namur, la liberté d'accès semble donc justifier une application stricte du principe de légalité. À la lecture de ce jugement, Catherine Brocal se demandait si la liberté d'accès pouvait, en elle-même, constituer un motif d'annulation d'une mesure qui irait à son encontre²⁵⁵. En prolongement de cette question, la FEF a attaqué la nouvelle législation sur les droits complémentaires. Elle soulève une atteinte à la liberté d'accès dans l'autorisation donnée aux établissements de percevoir des droits d'inscription complémentaires, de manière transitoire, et des frais appréciés au coût réel afférents aux biens et services fournis aux étudiants. La Cour n'a pas jugé cette disposition inconstitutionnelle. Elle affirme notamment que les frais sont destinés « à permettre aux établissements d'enseignement de couvrir des dépenses spécifiques qu'ils exposent pour les étudiants et ne concernent pas l'accès aux études supérieures »²⁵⁶. Quant à la question de savoir s'il est constitutionnel de fixer pour certaines filières et non pour d'autres des plafonds pour les sommes qui peuvent être réclamées aux étudiants au titre de minerval, droits d'inscription complémentaires et frais, la Cour répond que la justification du législateur, à savoir assurer la viabilité financière des établissements d'enseignement supérieur, est raisonnable²⁵⁷. Dans l'ensemble de la motivation des deux arrêts, la Cour évite de mentionner la liberté d'enseignement en général ou la liberté de choix en particulier. Comme dans l'arrêt 165/2005, la Cour semble mal à l'aise avec cette question. Elle évite d'inclure ou d'exclure la liberté d'accès dans le cadre de la liberté d'enseignement. Toutefois, nous pensons que si ces arrêts ne reviennent pas à l'exclure totalement, ils ne l'admettent que dans une mesure tellement restreinte que les limitations, notamment sous prétexte de considérations budgétaires, dépassent de loin le principe. Nous ne pouvons que regretter cette jurisprudence qui s'écarte des principes contenus dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dont l'article 13, c) dispose : « 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 ».

²⁵⁵ C. BROCAL, « Droits complémentaires et frais administratif à la lumière de la liberté d'enseignement », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 563 et 564.

²⁵⁶ Arrêt 28/2007, B.5.2.

²⁵⁷ Arrêt 56/2008, B.14.2.1. à B.14.3.

d) Le choix entre un cours de religion ou de morale non confessionnelle

71. – En tant que service public organique, les établissements de l'enseignement officiel sont tenus de respecter l'exigence de neutralité²⁵⁸. La communautarisation de l'enseignement a amené le constituant à inscrire dans la Charte fondamentale le principe du libre choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle. Ce principe découle directement de l'exigence de neutralité et d'une volonté de protéger les minorités idéologiques et philosophiques de chacune des Communautés²⁵⁹.

Cette consécration du libre choix du cours philosophique se concrétise par un double mécanisme. D'un côté, elle emporte, dans le chef des établissements officiels, une obligation d'organiser un cours de religion ou de morale dès que la demande en est faite²⁶⁰. De l'autre, elle suppose que les cours de religion soient donnés par les ministres du culte ou leurs délégués²⁶¹. C'est pour cela que les professeurs de religion sont nommés par le Gouvernement, la commune ou la province sur proposition des chefs de culte intéressés²⁶². Ce mécanisme de libre choix illustre à merveille la conception belge de la neutralité où il n'existe pas de cloisons étanches entre les cultes et l'État²⁶³. C'est précisément chacun des deux mécanismes attachés au libre choix du cours philosophique qu'abordent les trois arrêts rendus par la Cour durant la période étudiée.

72. – Dans les arrêts **42/99** du 30 mars 1999 et **90/99** du 15 juillet 1999, le juge constitutionnel a été saisi d'un recours en suspension et en annulation d'une partie du décret du 13 juillet 1998 portant organisation de l'enseignement maternel et primaire ordinaire et modifiant la réglementation de l'enseignement²⁶⁴. Les requérants, parents d'élèves qui suivent des

²⁵⁸ D. DÉOM, « La neutralité de l'enseignement des Communautés et le choix entre le cours de religion et le cours de morale non confessionnelle », *Quels droits dans l'enseignement? Enseignants, parents, élèves*, Bruges, La Charte, 1994, p. 104.

²⁵⁹ Voy. *supra*, n° 3.

²⁶⁰ D. DÉOM, « La neutralité de l'enseignement des Communautés et le choix entre le cours de religion et le cours de morale non confessionnelle », *op. cit.*, p. 113 et X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *A.P.T.*, 2007-2008, p. 137.

²⁶¹ Article 8 de la loi du Pacte scolaire.

²⁶² 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.*, 2006-07, pp. 323 et 324.

²⁶³ X. DELGRANGE, « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *op. cit.*, p. 137.

²⁶⁴ *M.B.*, 28 août 1998.

cours de judaïsme, soutenaient la thèse que ce décret avait pour effet de rendre plus difficile, voire impossible le suivi des cours de religion minoritaire notamment en les organisant par degré.

Examinant la requête en suspension, la Cour estime que les parties requérantes n'ont pas démontré en quoi l'application de la disposition attaquée risquait de leur causer un préjudice, tant matériel que moral, difficilement réparable²⁶⁵. À défaut de répondre à cette condition, la Cour rejette le recours en suspension sans se prononcer sur le caractère sérieux des moyens invoqués.

En ce qui concerne le recours en annulation, la Cour fait preuve d'un ton particulièrement tranché dans sa motivation. Elle proclame ainsi qu'à propos de l'enseignement d'une religion reconnue ou de la morale non confessionnelle, doit être garantie «une égale liberté, non une liberté plus ou moins étendue suivant le nombre des élèves»²⁶⁶. Elle va plus loin en affirmant que «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»²⁶⁷. La Cour rejette ainsi l'objectif de «gestion prudente et rigoureuse» poursuivie par le législateur décréteil. Elle s'écarte aussi de la manière dont elle examine habituellement les atteintes à la liberté d'enseignement. Aucune référence n'est par ailleurs faite aux limitations à ce libre choix. Prenant le contre-pied de sa jurisprudence classique, la Cour ne procède pas à un contrôle de proportionnalité²⁶⁸.

Dans un premier temps, la Cour constate que le décret attaqué impose l'organisation d'un cours philosophique «dès qu'un élève, serait-il unique, y est inscrit»²⁶⁹. À cet égard, elle estime que la Constitution est respectée. Dans un second temps, la Cour s'exerce à une interprétation conciliante particulièrement audacieuse. À ses yeux, le décret s'appuie sur un principe de parallélisme entre l'organisation du cours philosophique le plus suivi et celle des cours moins suivis. Ces cours sont, en effet, organisés «selon les mêmes règles que le cours le plus suivi, sans cependant pouvoir excéder un groupe par année, sauf si le tableau de constitution de groupes donne un résultat plus favorable»²⁷⁰. Toutefois, la Cour relève que le décret prévoit

²⁶⁵ B.4. à B.6.

²⁶⁶ B.6.1.

²⁶⁷ B.6.2.

²⁶⁸ Voy. *infra*, n^{os} 89 à 95.

²⁶⁹ B.6.3.

²⁷⁰ B.6.4. Le tableau en question est celui repris à l'article 39, alinéa 2 du décret. Il établit le nombre de groupes qui doivent être organisés pour le cours le plus suivi. Ce nombre est déterminé par le nombre d'élèves inscrits à ce cours.

une limite à ce principe : un groupe ne peut comporter moins de cinq élèves, sauf, évidemment, si moins de cinq élèves dans l'implantation sont inscrits au cours concerné. Selon la Cour, le décret prévoit deux dérogations à cette limite. En premier lieu, il y a une obligation d'organiser par degré les cours moins suivis si le cours le plus suivi compte au moins un groupe par degré. Ceci signifie qu'il y a une obligation de constituer trois groupes différents pour un cours « si un des cours les moins suivis compte, par exemple, trois élèves répartis entre les trois degrés ». Il s'agit d'une interprétation téléologique de la Cour fondée, selon elle, sur l'intention des rédacteurs de cette mesure de rétablir l'équilibre entre les cours les moins suivis et le cours le plus suivi²⁷¹. En second lieu, la Cour estime qu'il y a une obligation d'organiser deux groupes pour les cours les moins suivis lorsqu'une implantation compte des élèves répartis, d'une part, dans les deux premières années primaires, d'autre part, en troisième, quatrième, cinquième et sixième primaire, pour autant qu'il y ait au moins deux groupes dans le cours le plus suivi. Il nous semble qu'interpréter le mot « peuvent » dans le sens d'une obligation est peu convaincant. Moyennant cette lecture du décret, la Cour conclut que « les élèves des cours les moins suivis et ceux du cours le plus suivi seront, les uns comme les autres, répartis par groupes, sauf quand le nombre d'élèves inscrits à un des cours les moins suivis rend ce parallélisme impossible ». Son interprétation repose « à la fois sur le texte de l'article 39 du décret, sur ses travaux préparatoires et sur la supposition que le législateur décretaal a entendu se conformer à la Constitution »²⁷². Cette motivation est surprenante tant l'indulgence à laquelle la Cour nous a habitués, dans sa jurisprudence relative à l'article 24, § 1^{er} est ici remplacée par un contrôle minutieux de la constitutionnalité de la norme querellée²⁷³.

73. – Dans l'arrêt **110/2007** du 26 juillet 2007, la Cour fait preuve du même comportement protecteur envers le choix entre l'enseignement de la religion et celui de la morale non confessionnelle, considérant qu'il s'agit là d'un droit fondamental²⁷⁴. Elle rejette néanmoins le recours fondé sur le fait que l'alourdissement de la charge administrative des autorités du culte avait pour conséquence d'entraver les cours de religion orthodoxe en ne permettant pas aux professeurs d'être désignés à temps. Ces missions administratives, introduites par l'article 23 du décret du 10 mars 2006 relatif aux

²⁷¹ B.6.5.

²⁷² B.6.6.

²⁷³ *Contra* : J.-L. RONGÉ, « L'accroc au Pacte scolaire », *J.D.J.*, 2000, pp. 38 et 39.

²⁷⁴ B.7.1.

statuts des maîtres de religion et des professeurs de religion²⁷⁵, sont jugées trop légères pour alourdir de façon déraisonnable les tâches administratives d'un culte²⁷⁶. La section de législation du Conseil d'État n'avait, par ailleurs, pas remis en question le respect de la liberté d'enseignement de la part de l'article 23 du décret attaqué²⁷⁷.

²⁷⁵ Pour une analyse de ce décret et de ses enjeux, voy. X. DELGRANCE, «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.*, *op. cit.*, pp. 323 à 326.

²⁷⁶ B.8.3.

²⁷⁷ *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 223, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 39.507/2 du 21 décembre 2005, pp. 168 à 188.

IV

La liberté académique

74. – L'article 1^{er} du décret du Gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 énonçait : « Il est libre à chaque citoyen, ou à des citoyens associés dans un but religieux ou philosophique, quel qu'il soit, de professer leurs opinions comme ils l'entendent, et de les répandre par tous les moyens possibles de persuasion et de conviction ». Le considérant général du décret est encore davantage éclairant : « Considérant que le domaine de l'intelligence est essentiellement libre; considérant qu'il importe de faire disparaître à jamais les entraves par lesquelles le pouvoir a jusqu'ici enchaîné la pensée, dans son expression, sa marche et son développement »²⁷⁸. Dès le commencement de la Belgique, un lien est tissé entre la liberté d'expression et la liberté d'enseignement. Ce lien implique une liberté du point de vue du contenu et des méthodes de l'enseignement prodigué.

Selon qu'elle s'adresse aux pouvoirs organisateurs ou aux enseignants, cette liberté a connu un destin différent. La liberté pédagogique des pouvoirs organisateurs a été rapidement reconnue par la Cour constitutionnelle qui, en écho au législateur, en a néanmoins réduit la portée²⁷⁹. La liberté académique des professeurs a, quant à elle, fait l'objet d'une reconnaissance tardive par la Haute juridiction.

C'est que si la Constitution proclame explicitement la liberté de l'enseignement et certains de ses aspects, elle ne contient pas, contrairement à d'autres Constitutions européennes²⁸⁰, de disposition spécifique protégeant la liberté académique. Le législateur belge fut tout autant timoré. Jusqu'il y a peu, seul l'article 21 de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'État, modifié par la loi du 6 juillet 1964²⁸¹, reconnaissait la liberté scientifique à tous les membres du person-

²⁷⁸ J. DE GROOF, « Droit à l'instruction et liberté d'enseignement », *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁹ Voy. *supra*, n^{os} 19 à 28.

²⁸⁰ Par exemple, les Constitutions grecque, finlandaise et italienne. E. CLYBOUW, « Academische vrijheid », *C.D.P.K.*, 2006, p. 675.

²⁸¹ Loi du 6 juillet 1964 modifiant, notamment en ce qui concerne les fonctions, les traitements, les indemnités et allocation du personnel enseignant, la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement supérieur dans les universités de l'État, *M.B.*, 24 juillet 1964.

nel enseignant²⁸². La loi du 21 juin 1985²⁸³ avait confirmé l'existence de cette liberté scientifique pour les professeurs associés et chargés de cours associés des universités d'État. Il n'est pas douteux que cette liberté scientifique renvoie à la liberté académique. Ces dispositions ont toutefois été abrogées par le décret «Bologne».

75. – Ce décret, en son article 67, délimite, pour la première fois, ce qu'il y a lieu d'entendre par liberté académique. Il énonce : « Dans le contexte de ses activités d'enseignement, tout responsable d'un enseignement jouit de la liberté académique dans l'exercice de cette mission. Ceci suppose le choix des méthodes pédagogiques, des contenus scientifiques et techniques, de l'évaluation et des diverses activités mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs particuliers – visés à l'article 63, §3 – de cet enseignement au sein du programme d'études. Cette liberté s'exerce dans le respect des dispositions de ce décret ». Le même décret modifie, pour les universités de la Communauté, les règles en matière d'attribution, de renouvellement et de modification de charge d'enseignement notamment en introduisant le principe de détitularisation des charges, c'est-à-dire d'attribution temporaire du contenu des charges et de révision périodique de ce contenu par le conseil d'administration.

Des professeurs de l'Université de Liège ont vu dans ces deux modifications décrétales une atteinte à la liberté académique. Ils reprochent à l'article 67 de restreindre la liberté académique en excluant les activités de recherche et de publication de son champ d'application et en soumettant cette liberté au respect des dispositions du décret «Bologne». Ils s'opposent également au principe de détitularisation en argumentant que la liberté académique comprend un droit de critique permettant aux professeurs d'exprimer des positions en désaccord avec celles des autorités qui décident du renouvellement ou de la modification des charges.

76. – L'arrêt **167/2005** du 23 novembre 2005²⁸⁴ est capital car il demeure le seul où la Cour définit le contenu de la liberté académique²⁸⁵. La Cour proclame que « la liberté académique traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande

²⁸² M. PÂQUES, « Liberté académique et Cour d'arbitrage », *Liber amicorum Paul Martens, l'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 400.

²⁸³ *M.B.*, 6 juillet 1985.

²⁸⁴ Nous avons déjà analysé partiellement cet arrêt dans notre partie relative à la liberté d'ouvrir et de maintenir une école. *Voy. supra*, n° 18.

²⁸⁵ E. CLYBOUW, « Academische vrijheid », *op. cit.*, pp. 672 et 673.

liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions »²⁸⁶. Contre la position du Gouvernement²⁸⁷, la Cour affirme que la liberté académique est visée par la liberté d'enseignement²⁸⁸. La liberté académique constitue en outre un aspect de la liberté d'expression. C'est pourquoi, dans son examen, la Cour estime devoir évaluer les restrictions susceptibles d'être apportées à la liberté académique en fonction des restrictions admises pour ces deux libertés²⁸⁹. Il nous est pourtant difficile de percevoir la conséquence de la prise en considération de ces deux libertés. En dehors d'une motivation comparant clairement les limitations apportées à la liberté académique et les exigences issues des considérants canoniques des articles 19 et 24, nous ne pouvons que formuler l'hypothèse que la référence à ces deux dispositions constitutionnelles amène la Cour à faire preuve d'une plus grande sévérité. Ainsi, la Cour précise que l'article 67 ne peut créer une restriction supplémentaire à celles admises pour la liberté d'expression et la liberté d'enseignement²⁹⁰. « En réaffirmant dans une disposition décrétole le principe de la liberté académique déduite des articles 19 et 24, § 1^{er}, de la Constitution, l'article 67 du décret du 31 mars 2004 ne peut avoir pour effet d'en restreindre le champ d'application. Il ne pourrait par conséquent aboutir à limiter à des choix pédagogiques ou au seul contexte des activités d'enseignement une liberté qui protège de manière générale les enseignants »²⁹¹. La Cour donne une interprétation conciliante, plus précisément ce que d'aucuns appellent une interprétation constructive additive²⁹², de l'article 67 en lui attribuant la même portée que le principe de liberté académique et en rendant la soumission de cette liberté aux autres dispositions du décret « Bologne » sans objet. Sous réserve de cette interprétation, la Cour rejette le moyen. Il y a néanmoins lieu de se demander pourquoi la Cour n'a pas tout simplement annulé la disposition. Elle aurait pu le faire sans porter atteinte à la cohérence du texte. En revanche, en s'en abstenant, elle porte atteinte à la sécurité juridique²⁹³.

²⁸⁶ B.18.1.

²⁸⁷ A.13.2.

²⁸⁸ B.18.1.

²⁸⁹ B.19.1.

²⁹⁰ B.20.3.

²⁹¹ B.20.2.

²⁹² B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 331 et G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 401. Cette technique d'interprétation consiste à « ajouter à la loi les dispositions de nature à la rendre conforme à la Constitution ».

²⁹³ X. DELGRANGE, « La liberté académique », *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 416.

77. – En ce qui concerne la détitularisation, la Cour commence par préciser sa conception de la liberté académique : celle-ci requiert que « l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire soit garantie par les dispositions qui leur sont applicables »²⁹⁴. Si dans son examen de l'article 67, la Cour a établi les obligations négatives qui pèsent sur le législateur, à savoir la non-ingérence dans la liberté académique, la Cour ajoute ici une obligation positive dans le chef du législateur afin qu'il garantisse l'exercice effectif de cette liberté²⁹⁵. Pour ce dernier aspect, la Cour raisonne par un contrôle de proportionnalité. Elle admet la légitimité de l'objectif de mobilité interne et internationale avancé par le législateur. Elle précise, comme le fait le Gouvernement, que le principe de détitularisation ne peut conduire à une suppression de la charge, mais seulement à une modification éventuelle du contenu de la charge²⁹⁶. Compte tenu de cet objectif et de la portée du principe, la Cour considère qu'il n'y a pas d'atteinte disproportionnée à la liberté académique, « le respect de celle-ci n'impliquant pas l'attribution définitive de la même charge d'enseignement »²⁹⁷.

78. – À la lecture de cet arrêt, l'on peut s'étonner de constater que la Cour est à ce point sévère avec l'article 67 et à ce point tolérante avec le principe de détitularisation.

La motivation à propos de l'article 67 répond à une certaine logique. On ne peut définir un principe constitutionnel par une loi. C'est pourquoi la Cour nie les restrictions apportées par l'article 67 sans s'expliquer davantage²⁹⁸. La Cour adopte clairement une définition extensive de la liberté académique avec, pour tempérament, qu'elle ne protège le chercheur ou le professeur que dans l'exercice de leurs fonctions²⁹⁹. Cette définition inclut-elle le personnel des établissements supérieurs non universitaires ou de l'enseignement obligatoire ? Pour l'instant ce n'est pas le cas.

Il est malaisé de tirer des conclusions des considérants sur le principe de détitularisation, sans autre arrêt sur la liberté académique. Tout au plus peut-on supposer que la Cour applique un contrôle moins strict lorsqu'elle examine les obligations positives de la Communauté dans cette matière. À ce propos, la Cour devra répondre à certaines questions que cet arrêt

²⁹⁴ B.21.

²⁹⁵ M. PÂQUES, « Liberté académique et Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 411.

²⁹⁶ B.23.2.

²⁹⁷ B.24.1.

²⁹⁸ X. DELGRANGE, « La liberté académique », *op. cit.*, p. 415.

²⁹⁹ Ainsi, le professeur qui critique la gestion de son université est protégé par la liberté d'opinion et non par la liberté académique. E. CLYBOUW, « Academische vrijheid », *op. cit.*, p. 679.

laisse ouvertes. Ainsi, les dispositions qui garantissent une indépendance par rapport à l'institution doivent-elles également s'étendre au chercheur? Si la Cour reconnaît que les chercheurs rentrent dans le champ d'application de l'article 67, elle ne les mentionne plus lorsqu'elle aborde la question de la détitularisation³⁰⁰. De telles dispositions doivent-elles exclusivement être prévues pour les universités de la Communauté? En d'autres termes, la liberté académique s'étend-elle aux universités libres ou s'écrase-t-elle devant l'exercice de leur droit de tendance³⁰¹?

Ces questions résultent d'un certain refus de la Cour de se prononcer sur la tension entre liberté académique et liberté active. Pourtant, elle ne pourra éternellement échapper à la recherche d'un équilibre entre ces deux aspects de la liberté d'enseignement.

³⁰⁰ M. PÂQUES, « Liberté académique et Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 407.

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 413 à 417.

V

Que reste-t-il de la liberté d'enseignement?

79. – En nous appuyant sur l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de 1999 à 2008 que nous venons de réaliser, nous voudrions évaluer deux hypothèses, émises par Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier, dans leur chronique des arrêts antérieurs à la période sous revue. Nous nous poserons ainsi deux questions : Peut-on encore dire que la liberté d'enseignement fonde notre système d'enseignement (**a**)? La Cour fait-elle preuve d'une plus grande sévérité lorsqu'elle se prononce sur une violation de la liberté passive que lorsqu'une violation de la liberté active est alléguée (**b**)?

À la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, nous formulerons, quant à nous, deux hypothèses. Premièrement, dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la Cour, il nous semble que l'on voit apparaître un noyau dur, une substance intangible de la liberté d'enseignement qui échappe à ce contrôle (**c**). Deuxièmement, lorsque l'on observe les inflexions que la Cour a admis dans chacun des aspects de la liberté d'enseignement, nous pouvons tracer les traits d'une politique jurisprudentielle de la Cour qui consiste en une lecture singulière de l'article 24 de la Constitution (**d**).

a) Au commencement était la liberté...

80. – Dans leur chronique de jurisprudence, Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier écrivaient que la liberté d'enseignement, dans sa dimension active, apparaît comme le principe de base auquel les autres principes de l'enseignement, comme l'égalité, l'obligation des pouvoirs publics ou le droit à l'enseignement, sont subordonnés³⁰². Cette analyse nous semble indiscutable en ce qui concerne l'articulation que la Cour réalise entre la liberté active et l'égalité des membres du personnel. Dans sa jurisprudence récente, la Cour persévère à justifier par la liberté d'enseignement les différences de traitement dans l'accès au juge administratif et dans les règles relatives au statut des membres du personnel³⁰³.

³⁰² P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 144.

³⁰³ Voy. *supra*, n^{os} 42 à 51.

81. – En revanche, il nous semble que pour les autres matières, ce primat de la liberté d'enseignement ne correspond plus à la réalité de l'approche de la Cour constitutionnelle. L'arrêt 66/99 est révélateur de ce glissement : un pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné, tant qu'il s'en tient aux dispositions concernant le subventionnement, le contrôle qualitatif et l'équivalence des diplômes et certificats, peut offrir un enseignement³⁰⁴. Cette formulation particulière, éloignée du considérant canonique sur la liberté d'enseignement³⁰⁵, laisse à penser que l'action des pouvoirs publics précède l'exercice de la liberté d'enseignement et la conditionne. D'autres arrêts témoignent, de manière plus discrète, d'une même évolution. Ainsi, dans l'arrêt 1/2003, la Cour a pu juger que le décret attaqué n'apportait pas de limitations disproportionnées à la liberté d'enseignement car ses dispositions « 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 décréteur »³⁰⁶. La Cour procède ainsi à une analyse des cas où le principe de liberté demeure plutôt qu'à un examen des restrictions apportées en l'espèce par le législateur.

82. – La manière dont la Cour s'exprime désormais sur les différences entre les réseaux contribue également à interroger la thèse du primat de la liberté d'enseignement. Durant la période étudiée, la Cour s'est éloignée de la distinction qu'elle avait initialement forgée entre l'enseignement officiel, service public organique, et l'enseignement libre subventionné, service public fonctionnel³⁰⁷. La Cour ne reprend cette distinction que dans deux arrêts et avec un ton bien plus réservé : « Les universités de l'État, aujourd'hui universités de Communauté, sont des services publics organiques. Les universités libres sont des personnes morales de droit privé qui assument une fonction de service public »³⁰⁸. La Cour ne prononce plus les mots « service public fonctionnel » qui fâchent notamment les défenseurs de la laïcité et ceux de l'enseignement officiel.

Ces derniers reprochaient à la Cour constitutionnelle d'attribuer à l'enseignement libre une qualité de service public induite en raison du non-respect des trois lois du service public : égalité des usagers, mutabilité et continuité. La première loi serait niée par la vocation évangélicatrice de

³⁰⁴ B.3.4. Voy. *supra*, n° 44.

³⁰⁵ Voy. *supra*, n° 2.

³⁰⁶ B.8. Voy. *supra*, n° 25.

³⁰⁷ Voy. n° 7.

³⁰⁸ Arrêt 97/2005, B.7. et, moyennant une formulation légèrement différente, arrêt 141/2005, B.6.2.

l'enseignement libre³⁰⁹. Celle-ci serait incompatible avec une volonté, réelle ou de façade, d'être ouvert à tous, même aux athées qui souhaitent le rester. La loi de mutabilité s'entend d'une adaptation du service public pour répondre aux besoins de l'intérêt général. En l'espèce, l'enseignement libre ne répondrait pas à l'intérêt général car il se placerait « au service d'une doctrine partagée par une partie seulement de la population ». La loi de continuité ne serait pas plus respectée en raison de la possibilité, pour une école libre, « de mettre un terme, à n'importe quel moment, à ses activités ou les délocaliser sans autorisation préalable »³¹⁰.

D'un point de vue juridique, ce réquisitoire est critiquable du moins en ce qui concerne le respect de la loi d'égalité entre les usages³¹¹. En effet, la différence entre un service public organique et un service public fonctionnel peut notamment se situer dans la liberté de sélection laissée à l'acteur privé pour autant que cette sélection soit en lien avec des critères, par exemple d'ordre idéologique et religieux, établis par l'acteur privé. Il s'agit de reconnaître que ce type d'acteur doit respecter une obligation de neutralité allégée pour que ses missions de service public soient compatibles avec la liberté d'association, d'expression et de religion dont il jouit³¹². À cet égard, l'arrêt 27/92 nous semble condamnable en ce qu'il reconnaît la possibilité de sélection des élèves laissée aux établissements libres subventionnés sans la fonder sur la spécificité de leur projet pédagogique³¹³. Néanmoins, comme nous l'avons déjà mentionné, la Cour constitutionnelle a corrigé cela dans l'arrêt 110/98³¹⁴. Il apparaît toutefois que la Cour s'est finalement rangée dans une conception plus stricte du principe d'égalité des usagers en validant les dispositions législatives qui ont limité voire annihilé la possibilité de sélection des établissements libres subventionnés³¹⁵. Nous y voyons

³⁰⁹ En ce sens, A. VAN HAECHT, « Le pacte scolaire, encore et toujours », *Dossier d'Éduquer*, n° 63, juin 2008, p. 12.

³¹⁰ Nous synthétisons ici les arguments développés dans G. VLAEMINCK, « École et droit à l'éducation », www.cedep.be, juin 2007. L'auteur est président du Centre d'étude et de défense de l'école publique, association qui regroupe diverses organisations (telles que le CAL, la CGSP ou le CPEONS) qui ont critiqué la qualification de l'enseignement libre subventionné comme service public fonctionnel.

³¹¹ Voy. également la critique de Jacques SAMBON : « L'on peut s'étonner de voir la Cour d'arbitrage affirmer simultanément ce pouvoir spécifique de sélection et le caractère de service public fonctionnel de l'enseignement libre subventionné, caractère qui entraîne l'application des lois du service public et, notamment, du principe d'égalité ». J. SAMBON, « Le droit à l'enseignement », *Rev. dr. commun.*, 1996, p. 236, note 82.

³¹² S. VAN DROOGHENBROECK, « La neutralité des services publics : outil d'égalité ou loi à part entière? », *Le service public : entre menaces et renouveau*, colloque organisé aux Facultés universitaires Saint-Louis le 27 novembre 2008, à paraître.

³¹³ 4.B.7.

³¹⁴ B.5.3. Voy. *supra*, n° 53.

³¹⁵ Voy. *supra*, n°s 54 et 55.

l'indice que nous devons reformuler le titre de notre rubrique de la manière suivante : au commencement sont les lois du service public au-delà desquelles la liberté de l'enseignement, ou ce qu'il en reste, peut s'exercer.

83. – La jurisprudence de la Cour constitutionnelle tend à réduire les différences entre les réseaux. L'abandon de la référence à la distinction entre service public organique et fonctionnel s'est accompagné d'une restriction de la liberté d'enseignement tant par la voie légale que jurisprudentielle. Toutefois, si la définition de l'enseignement libre comme service public fonctionnel tendait à légitimer les différences entre les réseaux, elle entraînait également un certain nombre de sujétions, contrepartie du financement reçu³¹⁶. Si les sujétions des établissements libres subventionnés apparaissent à l'heure actuelle relativement clairement, ce qui les différencie des établissements officiels devient de plus en plus difficile à percevoir. La Cour devrait expliciter les différences entre les réseaux, du point de vue de leur autonomie afin notamment de rendre davantage prévisibles ses décisions.

b) Une hiérarchie entre liberté active et liberté passive?

84. – À la lecture de la jurisprudence récente de la Cour, nous voudrions interroger une autre thèse émise par Pierre Vandernoot et Jérôme Sohier : « La Cour semble [...] se satisfaire des normes de droit commun 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 »³¹⁷.

85. – En comparant uniquement les considérants de principe de la Cour, l'on perçoit une hésitation pour déterminer qui, de la liberté active ou passive, est celle qui vient en premier. D'un côté, la Cour estime que « la liberté d'enseignement [...] garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution assure le droit d'organiser – et donc de choisir – des écoles basées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée »³¹⁸. De l'autre, elle affirme que « la liberté de choix des parents implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants, l'enseignement qui est le plus proche

³¹⁶ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 166.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 147.

³¹⁸ Arrêt 67/2004, B.8.1.

de leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la Communauté organise un enseignement neutre [...] et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée»³¹⁹. Cette hésitation de la Cour, si elle permet d'appuyer l'idée que la liberté active conditionne la liberté passive et que la liberté passive présuppose la liberté active, ne nous permet pas d'évaluer la thèse de la prééminence de la liberté passive. En nous arrêtant sur certains arrêts, nous pouvons néanmoins formuler deux remarques.

86. – En premier lieu, il nous semble important de souligner que la Cour ne se prononce pas explicitement sur cette thèse même si, dans plusieurs affaires, les parties requérantes prétendent que lorsque la liberté passive est en cause, l'examen de la Cour doit être plus strict³²⁰.

87. – En second lieu, une lecture combinée de l'arrêt 56/2003 à propos du décret relatif aux avantages sociaux et de l'arrêt 118/2008 à propos du décret « inscriptions » semble indiquer que la Cour ne fait guère preuve d'une plus grande sévérité lorsqu'une violation de la liberté passive est invoquée. En effet, la Cour a validé la limitation des prestations devant être considérées comme avantages sociaux et donc une restriction du principe de libre choix dénué de considérations financières par une motivation peu rigoureuse³²¹. En ce qui concerne le décret « inscriptions », la Cour a déclaré conforme à la Constitution la limitation des possibilités de changement d'école pour des motifs d'intérêt général obscurs³²².

88. – Ceci nous amène à conclure que, pour la Cour, libertés active et passive sont logées à la même enseigne. Il nous semble que si la Cour a consacré le droit à l'inscription – et a validé le décret « inscriptions » qui venait renforcer ce droit –, ce n'est pas tant au nom de la liberté de choix d'un établissement qu'en vertu du principe d'égalité des résultats qui se décline ici en un souci d'assurer, dans chaque école, une mixité sociale. La politique

³¹⁹ Arrêt 131/2003, B.5.1.

³²⁰ Not. l'arrêt 110/98, A.10.1. : « À l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, le constituant n'a pas préféré la liberté d'enseignement active à la liberté d'enseignement passive. Lorsqu'apparaît un conflit entre le droit fondamental des individus à la création et à l'organisation d'établissements d'enseignement et le droit individuel d'un élève à l'instruction, il convient de faire prévaloir ce dernier » et l'arrêt 56/2003, A.2.4. : « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative à la liberté d'enseignement n'est pas transposable à la présente affaire parce qu'est en cause ici la liberté de choix d'une école : cette liberté est plus grande et les restrictions sont donc moins admissibles ».

³²¹ Voy. *supra*, n^{os} 63 et 64.

³²² Voy. *supra*, n^o 60.

jurisprudentielle de la Cour en la matière doit, selon nous, se lire autrement qu'au travers du prisme de la primauté d'un aspect de la liberté d'enseignement sur les autres³²³.

c) Proportionnalité et substance de la liberté d'enseignement

89. – À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a adopté un autre considérant canonique sur le critère à prendre en compte pour déterminer si la liberté d'enseignement était violée. Dans ces cas, la Cour a pu déclarer que les limitations à l'exercice de cette liberté sont admissibles non plus s'il n'est porté d'atteinte essentielle à celui-ci mais si les limitations concrètes apportées à la liberté sont adéquates à l'objectif poursuivi ou sont proportionnées par rapport à cet objectif³²⁴.

Dès avant ce changement, la Cour pratiquait un contrôle de proportionnalité quasi systématique³²⁵. Ce contrôle consiste, pour la Cour, en une double comparaison entre les mesures en cause et les buts qu'elles poursuivent³²⁶.

90. – La comparaison est d'ordre instrumental lorsque la Cour examine le critère d'adéquation des mesures à l'objectif poursuivi. Il nous semble qu'il y a peu à dire sur l'utilisation de ce critère par la Cour puisqu'à chaque fois, dans les arrêts étudiés, elle établit que les objectifs poursuivis sont légitimes et les mesures querellées adéquates auxdits objectifs.

91. – La comparaison est d'ordre axiologique lorsque la Cour met en balance l'intérêt général poursuivi par l'autorité et l'intérêt particulier, ici la liberté d'enseignement, menacé par la mesure³²⁷. La Cour constitutionnelle a donné une lecture extensive des exigences d'intérêt général pouvant limiter la liberté d'enseignement. Si l'on a pu croire qu'en mentionnant spécifiquement la qualité de l'enseignement, la Cour limitait les exigences d'intérêt général à cet objectif³²⁸, il y a lieu, selon nous, de considérer qu'il

³²³ Nous reviendrons sur cette question plus tard (*infra*, n° 109).

³²⁴ Arrêt 1/2003, B.6.2.; arrêt 67/2004, B.8.2.; arrêt 44/2005, B.18.1.; arrêt 167/2005, B.19.3.; arrêt 106/2007, B.5.3. et arrêt 132/2007, B.4.1.

³²⁵ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, pp. 161 et 162.

³²⁶ Nous reprenons la distinction de S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publ. FUSL/Bruylant, 2001, p. 352.

³²⁷ X. DELGRANGE, «L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», *op. cit.*, p. 79.

³²⁸ P. VANDERNOOT et J. SOHIER, *op. cit.*, p. 165.

ne s'agit là que d'une illustration de ce que ces exigences peuvent recouvrir. À l'appui de cette thèse, nous observons que la Cour, loin de se limiter à la qualité de l'enseignement, englobe d'autres buts dans sa conception de l'intérêt général, à savoir les normes de population scolaire³²⁹ et l'égalité d'accès à l'enseignement³³⁰. Il est même arrivé à la Cour d'aborder les exigences d'intérêt général sans livrer aucun exemple de celles-ci³³¹ ou encore d'envisager distinctement l'intérêt général et la qualité de l'enseignement³³².

Il nous semble qu'en la matière, la Cour utilise l'intérêt général comme une corne d'abondance dans laquelle elle puise allègrement afin de reconnaître la légitimité de tout objectif poursuivi par une règle décrétable dans le domaine de l'enseignement. Il ne s'agit pas de critiquer la notion d'intérêt général en elle-même. Celle-ci remplit ici sa fonction d'idée régulatrice³³³, indispensable pour soutenir le raisonnement du législateur et, à sa suite, de la Cour, sans correspondre pour autant à une norme entièrement déterminée. Il n'en demeure pas moins que la Cour devrait selon nous indiquer les valeurs, qui découlent du texte constitutionnel, sur lesquelles elle appuie ses décisions en la matière. Sans cela, elle continuera à produire de nombreuses contradictions. À titre d'exemple, en validant simultanément un renforcement de la liberté de choix d'un établissement et des mécanismes de rationalisation de l'enseignement, la Cour assure l'effectivité de la liberté de choix tout en validant son amenuisement.

92. – À la lecture de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, il apparaît clairement que l'usage qu'elle fait du contrôle de proportionnalité a un effet dévastateur pour la liberté d'enseignement. La plupart des aspects de cette liberté, tant dans sa dimension active que dans sa dimension passive, n'ont pas échappé au rouleau compresseur proportionnaliste.

93. – Néanmoins, existe-t-il quelque chose comme une essence ou une substance devant laquelle la Cour doit faire preuve de la plus grande intransigeance? Sébastien van Drooghenbroeck consacre de longs développements aux questions de la pertinence et de la consécration d'une substance des droits établis par la Convention européenne des droits de l'homme³³⁴. Si l'on applique ses thèses à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,

³²⁹ Arrêt 25/92, 4.B.2.

³³⁰ Arrêt 131/2003, B.5.2. et arrêt 119/2008, B.5.4.

³³¹ Arrêt 48/2005, B.9.

³³² Arrêt 44/2005, B.18.1.

³³³ H. DUMONT, « Le mythe de la démythification en droit », *J.T.*, 2007, p. 290.

³³⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité [...]*, *op. cit.*, pp. 349 à 482.

celle-ci devrait identifier une essence de la liberté d'enseignement afin de ne pas priver l'article 24 d'effet utile. Dans le cas contraire, les restrictions qu'elle valide devraient se comprendre comme de véritables déchéances ou dérogations³³⁵.

94. – Si l'on observe attentivement les rares arrêts où la Cour admet, par voie d'annulation ou de réserve d'interprétation, qu'une disposition décrétales viole la liberté d'enseignement, il semble que l'on puisse dégager certaines composantes de pareille substance de l'article 24. Cette substance concerne certainement deux domaines : le respect des convictions religieuses ou philosophiques et la liberté active reconnue aux établissements s'inscrivant dans une pédagogie alternative.

95. – Le respect des convictions religieuses ou philosophiques amène la Cour à faire preuve de la plus grande sévérité, d'abord – et c'est le cas le plus évident – lorsqu'une violation du libre choix entre l'enseignement d'un cours d'une des religions reconnues ou de la morale non confessionnelle est alléguée. Nous rappelons à cet égard le considérant de l'arrêt 90/99 : « 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 »³³⁶. Une telle intransigeance de la Cour se confirme, ensuite, lorsqu'une disposition restreint la liberté de choix d'une école. Une limitation des possibilités de changer d'école est inconstitutionnelle si elle empêche un parent qui ne se retrouve pas dans le projet d'un établissement pour des raisons de convictions religieuses ou philosophiques d'adapter son choix d'école³³⁷. Ce respect des convictions religieuses ou philosophiques amène, enfin, la Cour à tempérer la limitation de la liberté active induite par la consécration du droit à l'inscription. Ce droit est subordonné à l'adhésion au projet pédagogique de l'établissement³³⁸. Ces arrêts semblent vouloir sauvegarder une essence intangible de la liberté d'enseignement.

Néanmoins, l'arrêt 48/2005 introduit le doute dans ce que nous venons de poser. Si la Cour y protège le caractère philosophique ou religieux des établissements en affirmant que le décret « participation » n'impose pas une représentation des étudiants dans les organes où ce caractère est fixé,

³³⁵ Les restrictions se heurtent à un injustifiable, la substance du droit restreint, que la déchéance permet de surmonter. La dérogation peut, elle aussi, entraîner la paralysie complète de la norme. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité [...]*, op. cit., pp. 389, 390 et 399.

³³⁶ Arrêts 90/99, B.6.2. et 110/2007, B.7.1.

³³⁷ Arrêt 119/2008, B.11.

³³⁸ Arrêts 131/2003, B.5.6 et 119/2008, B.17.5.

elle n'en attaque pas moins frontalement ce caractère. En effet, la Cour achève sa motivation en déclarant que, dans l'hypothèse où la participation décrétalement imposée touche de manière indirecte à la détermination du caractère religieux ou philosophique de l'établissement, l'immixtion dans l'organisation et le fonctionnement des établissements subventionnés n'est pas disproportionnée vu le poids limité du vote des étudiants³³⁹. On le voit, la délimitation d'une substance de la liberté d'enseignement est malaisée. Il faudra être attentif à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui viendra pour observer si cet élément de l'arrêt 48/2005 est confirmé. Auquel cas, il faudrait exclure le respect des convictions religieuses ou philosophiques de l'essence de la liberté d'enseignement.

96. – Pour ce qui est de la liberté active, la Cour est particulièrement attentive à ce que les restrictions apportées à celle-ci ne menacent pas la continuité des écoles à pédagogie alternative. Dans plusieurs arrêts, elle a ainsi conclu à la violation de la liberté d'enseignement du fait qu'aucun régime de dérogation n'est prévu au plan de rationalisation³⁴⁰ ou à l'établissement de socles de compétences³⁴¹. Dans ces cas, la Cour rappelle que « la liberté de l'enseignement garantie par la Constitution assure non seulement le droit de créer des écoles basées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée, mais également le droit de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif »³⁴². Ici encore, nous ne formulons qu'une hypothèse car le droit à des mécanismes dérogatoires a pu être nié dans l'enseignement supérieur³⁴³. À noter toutefois, d'une part, que les parties requérantes mettaient en avant la spécificité philosophique et non strictement pédagogique de certains établissements³⁴⁴ et, d'autre part, qu'il est probable que ce droit à la dérogation, pour autant qu'on puisse le considérer comme faisant partie de la substance de la liberté d'enseignement, n'est invocable qu'en ce qui concerne l'enseignement obligatoire.

³³⁹ Arrêt 48/2005, B.15.

³⁴⁰ Arrêt 14/2000, B.3.4. et B.4.4.

³⁴¹ Arrêts 76/96, B.10. et 49/2001, B.12.

³⁴² Arrêts 76/96, B.4.2., 14/2000, B.3.1. et 49/2001, B.6.2.

³⁴³ Arrêt 44/2005 où la Cour ne répond pas à l'argument des parties requérantes contre les associations obligatoires en arguant du fait que « pour les instituts supérieurs fondés sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle unique – unique en ce sens que cette philosophie est en conflit avec celle des universités ou n'est pas conforme à celle-ci – le système a pour conséquence qu'elles ne pourront plus délivrer que des diplômes de bachelier » (A.12.2.). Voy. *supra*, n^{os} 14 à 17.

³⁴⁴ Voy. *supra*, n^o 16.

97. – Dans sa chronique de jurisprudence de 1989 à 1995, Renaud Witmeur estimait que «l'enseignement libre subventionné ne se différencie, en réalité, que peu de l'enseignement officiel. Les différences sont davantage de forme que de fond mais le peu de latitude dont dispose l'enseignement libre porte sur les deux principaux critères en fonction desquels les parents fixent leur choix sur une école plutôt qu'une autre : les spécificités philosophiques et pédagogiques». Ce à quoi il ajoutait que la liberté active se limite, en pratique, à «la liberté de créer une école basée sur une philosophie confessionnelle et à la liberté de créer une école dont la spécificité réside dans la méthode pédagogique»³⁴⁵. Son constat n'était pas entièrement justifié à l'époque. Néanmoins, il revêt une allure prophétique même si la substance que nous avons dégagée déborde quelque peu sa conception de ce qui reste de la liberté d'enseignement.

98. – À côté de ces deux éléments, nous pouvons avancer, avec beaucoup de prudence, que la Cour nous semble tenter d'inclure dans cette essence l'équilibre entre les réseaux. Si la Cour peut admettre des règles uniformes pour l'ensemble des établissements d'enseignement, elle demeure extrêmement réservée quand il s'agit de remettre en question l'équilibre entre les réseaux au nom du principe d'égalité. Peut-on pour autant qualifier cette notion de substance? Cela nous laisse dans la plus profonde perplexité tant la définition et la portée de ce principe sont floues. Il s'agit d'un concept politique dont les contours dépendent des rapports de force établis entre les différentes formations politiques. Le législateur semble, par ailleurs, respecter de lui-même ce principe. En témoigne notamment le fait que les fusions d'établissements se font le plus souvent au sein du même réseau³⁴⁶. Ceci écarte la perspective d'un recours en annulation sur cette question et donc la possibilité d'un positionnement clair de la Cour.

99. – La formulation qu'adopte la Cour pour constater une atteinte à la substance de la liberté d'enseignement manque en tout point de rigueur. Elle déclare tantôt que la mesure est disproportionnée tantôt qu'elle porte une atteinte essentielle à la liberté d'enseignement. La Cour doit préférer la

³⁴⁵ R. WITMEUR, *op. cit.*, p. 831.

³⁴⁶ D. DÉOM, «L'enseignement est libre : quel avenir pour une phrase riche de passé?», *op. cit.*, p. 441. Néanmoins, la création de l'Université de Mons vient déroger à ce principe puisqu'elle regroupe une université de la Communauté (l'UMH) et une université de l'officiel subventionné (la FPMs). L'intégration des Instituts supérieurs à l'université constitue également une exception à ce principe puisque le décret prévoit notamment l'intégration du site liégeois de l'Institut supérieur d'architecture intercommunal (officiel subventionné) et l'implantation liégeoise de l'Institut supérieur d'architecture Saint-Luc Wallonie (libre subventionné) à l'Université de Liège (université de la Communauté).

seconde formulation à la première pour ainsi donner à ses arrêts une portée qui ne se limite pas à dégager une substance contextualisée, dont l'atteinte est reconnue parce que telle mesure est motivée par tel but. Toute mesure attentatoire à la substance devrait être reconnue inconstitutionnelle, peu importe la noblesse des buts poursuivis³⁴⁷. Il nous semble que c'est ce que la Cour affirme lorsqu'elle refuse de prendre en compte, pour limiter le choix en matière de cours philosophique, l'objectif d'économies budgétaires pourtant largement admis pour d'autres aspects de la liberté d'enseignement.

100. – Comme nous pouvons le constater, il est particulièrement complexe de tracer les contours de la substance de la liberté d'enseignement. Son existence est incertaine et son contenu a des contours flous. Il nous est, ici encore, permis de faire un parallèle avec la jurisprudence strasbourgeoise telle qu'analysée par Sébastien van Drooghenbroeck : il semble se dessiner, sur le fond, un sanctuaire aux portes duquel la proportionnalité vient se heurter mais, sur la forme, ce sanctuaire demeure largement caché et son inviolabilité est susceptible d'être constamment remise en cause dès lors que sa garde est confiée au principe de proportionnalité³⁴⁸. L'examen du décret « participation » par la Cour constitutionnelle colle entièrement à cette analyse³⁴⁹.

101. – Pour autant que l'on opte pour son existence, il y a lieu de s'interroger néanmoins sur l'origine de cette substance de la liberté d'enseignement. Pourquoi la Cour rend-elle intangibles ces aspects et non d'autres? Nous ferons deux hypothèses qui se situent dans deux contextes historiques différents.

102. – En protégeant le respect des convictions religieuses ou philosophiques et la liberté active des pédagogies alternatives, l'on pourrait penser que la Cour se replace dans l'esprit du Congrès national. La politique scolaire du régime hollandais a été l'une des causes du ralliement des catholiques à la Révolution belge³⁵⁰. Dès lors, le respect des convictions religieuses fut au centre de la genèse du système d'enseignement belge. Néanmoins, si la Cour devait se replonger dans ce passé pour dire le droit actuel, elle ne le ferait pas sans un certain révisionnisme : elle dégagerait le

³⁴⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité [...], op. cit.*, p. 357.

³⁴⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *ibidem*, p. 482.

³⁴⁹ Voy. *supra*, n^{os} 37 à 41.

³⁵⁰ P. WYNANTS, « Écoles et clivages aux XIX^e et XX^e siècles », *Histoire de l'enseignement en Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1998, p. 20.

noyau dur d'une liberté qui, dans son contexte historique, était quasi absolue.

103. – La deuxième hypothèse que nous formulons, c'est que la Cour se tourne vers un passé moins lointain : celui de la révision constitutionnelle de 1988. L'article 24 avait été modifié afin d'inclure les grandes lignes du Pacte scolaire. Il s'agissait d'offrir la garantie que les minorités catholique du sud du pays et laïque du nord soient protégées grâce au contrôle du respect de cette disposition par la Cour constitutionnelle³⁵¹. En outre, il apparaît que, lors de la révision de l'article 24, le constituant a souhaité faire place à des établissements proposant une pédagogie alternative³⁵². Les deux aspects de la substance de l'article 24 que nous avons dégagés peuvent se comprendre dans cette optique. La Cour admet donc des restrictions de la liberté d'enseignement pour autant qu'elles soient proportionnées et pour autant qu'elles n'aillent pas à l'encontre de la protection des minorités qui sous-tend l'article 24.

d) La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle en matière de liberté d'enseignement

104. – L'existence d'une intangible substance au cœur de la liberté d'enseignement ne signifie pas que la portée de celle-ci se réduit à celle-là. La liberté d'enseignement demeure dans les domaines qui ne sont pas (encore entièrement) réglementés par l'autorité compétente. Néanmoins, la jurisprudence sous revue conduit, nous semble-t-il, à réduire l'étendue de la liberté de l'enseignement dans chacun de ses aspects en suivant une politique jurisprudentielle plus ou moins déterminable.

105. – La liberté d'ouvrir et de maintenir une école subventionnée a été protégée pour les établissements à pédagogie alternative de l'enseignement obligatoire par la reconnaissance d'un droit à la dérogation aux normes de rationalisation³⁵³. La Cour a toutefois admis de fortes restrictions à cette liberté pour l'enseignement supérieur en déclarant conformes à la Constitution les mesures de rationalisation en vigueur en Flandre³⁵⁴. Vu l'évolution législative, il est difficile d'apercevoir aujourd'hui un semblant de liberté

³⁵¹ Voy. *supra*, n° 3.

³⁵² X. DELGRANGE, « Analyse juridique de l'élaboration du décret "missions" », *op. cit.*, p. 55.

³⁵³ Arrêt 14/2000, voy. *supra*, n° 12.

³⁵⁴ Arrêt 44/2005, voy. *supra*, nos 14 à 16.

d'ouvrir un établissement d'enseignement supérieur dans un contexte de rationalisations ou de le maintenir dans un contexte de fusions³⁵⁵.

La liberté pédagogique des établissements sort de cette décennie de jurisprudence constitutionnelle fortement diminuée. Tout d'abord, la Cour a admis une limitation substantielle de cette liberté, avec la question des socles de compétences, pour autant qu'une procédure de dérogation soit prévue³⁵⁶. Au niveau législatif, les atteintes à la liberté pédagogique dans l'enseignement obligatoire sont telles que la Communauté française, à l'instar des deux autres Communautés, a supprimé la procédure d'homologation des diplômes³⁵⁷. Cette procédure perd, en effet, sa raison d'être vu les contrôles exercés en amont³⁵⁸. En outre, la Cour constitutionnelle a validé des atteintes plus circonscrites à la liberté pédagogique dans le cadre de la formation des enseignants³⁵⁹. Vu les volontés de remettre sur le chantier parlementaire la formation initiale des professeurs, la Cour devra rester prudente à maintenir une liberté pédagogique des établissements. La majeure partie de cette formation étant intégrée dans l'enseignement dispensé en Haute école, il nous paraît certain que si la Cour adopte une attitude trop tolérante devant les restrictions apportées à la liberté pédagogique dans la formation des enseignants, elle pourra difficilement se montrer protectrice envers la liberté pédagogique des autres études dispensées au sein de ce type d'enseignement. Enfin, la Cour a rejeté un recours visant à annuler les mécanismes d'accréditation en vigueur en Communauté flamande sans même exiger l'existence d'une procédure de dérogation³⁶⁰. À l'avenir, la Cour devra impérativement tracer les contours de la liberté pédagogique des établissements d'enseignement supérieur notamment en vue d'articuler leur

³⁵⁵ Voy. *supra*, n° 17 et la note infrapaginale n° 66.

³⁵⁶ Arrêt 49/2001, voy. *supra*, n° 21.

³⁵⁷ Décret de la Communauté française du 25 avril 2008 visant à renforcer la gratuité dans l'enseignement de la Communauté française par la suppression des droits d'homologation des diplômes et par la simplification des procédures afférentes à leur délivrance, *M.B.*, 13 juin 2008.

³⁵⁸ Voy. en particulier le décret de la Communauté française 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, *M.B.*, 23 août 2006. Ainsi que l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet : « [L] 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 étudiants) sera confiée à chaque établissement". [...] En imposant, pour la première fois, aux établissements d'enseignement subventionnés une épreuve certificative externe commune sur la base des socles de compétences [...], le législateur doit pouvoir justifier qu'il ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'enseignement » (*Doc.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 251/1, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 39.800/2, du 8 mars 2006, pp. 37 et 38).

³⁵⁹ Arrêts 1/2003 (*supra*, n°s 24 et 25) et 67/2004 (*supra*, n° 26).

³⁶⁰ Arrêt 2/2006, voy. *supra*, n°s 27 et 28.

autonomie actuelle et la tendance à imposer un modèle européen dans le cadre du processus de Bologne.

Au niveau de la liberté de choix du personnel et de ses missions, le seul infléchissement notoire que nous relevons est une atteinte dans la liberté de choix du directeur³⁶¹. Cette liberté de choix du personnel étant déjà réduite à une peau de chagrin, il est logique qu'elle connaisse peu de nouvelles restrictions. Néanmoins, la Cour persiste à justifier, par cette liberté, l'absence d'accès à la section du contentieux administratif du Conseil d'État du personnel des établissements du réseau libre³⁶² et les différences établies en matière de statut du personnel³⁶³.

Enfin, en ce qui concerne le pouvoir de décision des établissements, la jurisprudence récente apporte deux changements importants. D'une part, elle valide un déplacement (limité) du pouvoir de décision des pouvoirs organisateurs vers les directions d'école³⁶⁴. D'autre part, elle autorise une ingérence dans le pouvoir de décision finale des pouvoirs organisateurs avec les mécanismes de participation étudiante³⁶⁵. Pourrait-elle admettre de nouvelles immixtions dans ce pouvoir de décision finale, immixtions qui consisteraient, par exemple, en l'allongement de la liste des matières pour lesquelles les étudiants ont voix délibérative³⁶⁶ ou en l'extension de ce type de mécanismes à d'autres membres de la communauté scolaire ou universitaire?

106. – La liberté de choix d'une école, quant à elle, est davantage renforcée que limitée par la jurisprudence de la période sous revue. La Cour a ainsi fortement remis en question la possibilité des établissements de sélectionner les élèves³⁶⁷. En revanche, la limitation de la liberté de choix d'une école, en cas de changement d'établissement secondaire, a résisté au contrôle de la Cour constitutionnelle³⁶⁸. Est-ce à dire que la Cour pourrait admettre de plus amples restrictions au principe de libre choix d'une école? L'élaboration d'un nouveau décret relatif aux inscriptions dans l'enseigne-

³⁶¹ Arrêt 132/2007, voy. *supra*, n^{os} 32 et 33.

³⁶² Voy. *supra*, n^{os} 43 à 47.

³⁶³ Voy. *supra*, n^{os} 48 à 50.

³⁶⁴ Arrêt 19/99, voy. *supra*, n^o 34.

³⁶⁵ Arrêt 48/2005, voy. *supra*, n^{os} 37 à 40.

³⁶⁶ « La participation estudiantine reste incomplète. Les étudiants peuvent en effet interférer dans des domaines sans rapport avec leurs intérêts mais pas dans la nomination des professeurs avec qui ils sont directement en contact... ». C. BROCAL, « Le sort du "décret participation" scellé par la Cour d'arbitrage [...] », *op. cit.*, p. 341.

³⁶⁷ Arrêt 131/2003, voy. *supra*, n^{os} 54 et 55.

³⁶⁸ Arrêt 119/2008, voy. *supra*, n^o 59.

ment secondaire de la Communauté française pourrait donner à la Cour l'occasion de clarifier ce point.

Tout en consacrant ce droit à l'inscription, la Cour a élargi la possibilité que des considérations financières influencent le choix des parents par le rejet du recours visant le décret relatif aux avantages sociaux³⁶⁹. Lors de la révision constitutionnelle de 1988, le libre choix a été formulé de manière telle que la Communauté est chargée d'« une action positive en vue d'assurer la liberté de choix de manière effective »³⁷⁰. La Cour semble peu encline à imposer au législateur l'exigence d'un financement suffisant de l'enseignement libre subventionné afin de respecter l'obligation positive contenue dans la Constitution.

Comme la liberté active, la liberté passive semble avoir une étendue plus réduite en ce qui concerne l'enseignement supérieur. Les arrêts de la période sous revue confirment ainsi le refus d'inscrire la liberté d'accès à l'enseignement supérieur dans la liberté d'enseignement³⁷¹. L'avenir nous dira si la Cour maintiendra ce refus. Vu les pressions notamment de la Commission européenne pour augmenter les droits d'inscription³⁷², un revirement de jurisprudence sera le bienvenu pour donner une effectivité au libre choix des étudiants.

En revanche, la Cour constitutionnelle demeure extrêmement protectrice envers la liberté de choix du cours philosophique probablement en raison de la proximité de cette liberté avec l'intangible substance de la liberté d'enseignement³⁷³.

107. – En ce qui concerne la liberté académique, la Cour a franchi le pas de sa consécration. Elle lui a donné un contenu mais ses contours restent à tracer³⁷⁴.

108. – Les quelques remarques prospectives que nous avons pu formuler après le constat de certains infléchissements ont souligné les menaces qui guettent la liberté d'enseignement. Il appartiendra à la Cour de confir-

³⁶⁹ Arrêt 56/2003, voy. *supra*, n^{os} 63 à 66.

³⁷⁰ M. LEROY, « La communautarisation de l'enseignement », *op. cit.*, p. 71.

³⁷¹ Arrêts 165/2005 (*supra*, n^o 68), 28/2007 et 56/2008 (*supra*, n^{os} 69 et 70).

³⁷² Voy not. COMMISSION EUROPÉENNE, communication de la Commission, « Mobiliser les cerveaux européens : permettre aux universités de contribuer pleinement à la stratégie de Lisbonne », SEC(2005), 518, p. 10 et COMMISSION EUROPÉENNE, communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 8 septembre 2006, « Efficacité et équité des systèmes européens d'éducation et de formation », COM(2006), 481, p. 8.

³⁷³ Arrêts 90/99 (*supra*, n^o 72) et 110/2007 (*supra*, n^o 73).

³⁷⁴ Arrêt 167/2005 (*supra*, n^{os} 76 à 78).

mer ou d'infirmier ces prédictions. Celles-ci se fondent sur l'hypothèse que la jurisprudence de la Cour se construit de plus en plus fortement selon une lecture particulière de l'article 24. Celle-ci consiste à faire primer l'égalité entre les élèves sur la liberté d'enseignement, pour autant que la substance de cette dernière ne soit pas menacée. La combinaison des troisième et quatrième paragraphes de l'article 24 donne une nouvelle coloration à l'ensemble de l'article, y compris à son premier paragraphe. La liberté de l'enseignement ne devient motif d'annulation d'une règle uniquement si une telle annulation ne va pas à l'encontre de l'égalité entre les élèves dans le droit de recevoir un enseignement de qualité. En revanche, la Cour a tendance à reconnaître le primat de la liberté d'enseignement sur l'égalité entre les établissements et l'égalité entre les membres du personnel. La Cour semble ainsi accorder un poids différent au principe d'égalité selon ses bénéficiaires. Il n'est pas certain qu'en procédant de la sorte, la Cour respecte le prescrit constitutionnel. Comme l'égalité entre les élèves, l'égalité entre les membres du personnel et entre les établissements est, en effet, inscrite à l'article 24, §4 de la Constitution sans pour autant qu'une distinction ait été établie par le constituant dans l'application du principe d'égalité dans l'enseignement.

Cette politique jurisprudentielle ne présente pas les traits d'une structure immuable. Tout au contraire : la Cour continuera probablement à la construire et à la déconstruire en fonction de ce que requiert l'intérêt général. Ici encore, le contrôle de proportionnalité joue un double rôle. D'une part, il sert de ciment à cette politique jurisprudentielle en la légitimant par la mise en balance des intérêts. D'autre part, il installe cette politique jurisprudentielle sur des fondations précaires, ouvrant à l'intérêt général la possibilité de remettre en question l'ordonnement des valeurs que la Cour applique.

Conclusion : Chronique d'une jurisprudence complaisante

109. – La liberté d'enseignement n'est plus ce qu'elle était. L'importante production décrétales a abouti à en réduire la portée. La grande majorité des décrets adoptés a toutefois résisté au contrôle de la Cour constitutionnelle. Nous assistons clairement à une modification de la portée d'une disposition constitutionnelle par son gardien. En soi, il n'y a rien d'anormal à ce que la Cour étende ou restreigne la portée d'une règle constitutionnelle. En agissant ainsi, le juge constitutionnel fait œuvre politique : il détermine « le comportement d'autrui, par des décisions dont la portée générale – via la notion de jurisprudence – ne peut être dissimulée, et dont la source réside dans une volonté qui n'est pas entièrement commandée par des normes juridiques préexistantes »³⁷⁵. Néanmoins, le juge doit éviter d'être un juge politisé, c'est-à-dire un juge dont l'activité va contre la cohérence, contre l'harmonie du système juridique³⁷⁶. Ne sommes-nous pas confrontés à cette figure dans la jurisprudence que nous venons de commenter? La Cour constitutionnelle assume-t-elle son rôle politique lorsqu'elle transforme la présomption de constitutionnalité des lois en postulat d'infailibilité du législateur? Nous nous permettons d'en douter.

110. – Ces questions renvoient inévitablement à la question de la légitimité de la Cour constitutionnelle, paramètre indispensable de l'action du juge constitutionnel. L'enseignement est une matière extrêmement politique. C'est l'orientation donnée à son système d'enseignement qui détermine, en grande partie, l'avenir d'une communauté politique. C'est également le lieu privilégié de transmission des valeurs de la société, voire des idéologies. Cela explique probablement pourquoi le clivage entre catholiques et laïcs reste présent dans ce domaine alors qu'il a disparu d'une grande partie du paysage politique.

Par conséquent, le juge constitutionnel est particulièrement surveillé lorsqu'il intervient dans cette matière. Sa légitimité peut être remise en cause à tout moment dès qu'il censure une mesure touchant à ce domaine. En matière d'enseignement, il nous semble que nous pouvons dégager deux

³⁷⁵ H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique? », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publ. FUSL, 1983, p. 155.

³⁷⁶ H. DUMONT, *ibidem* pp. 156 à 158.

hypothèses des cas où la motivation de la Cour est particulièrement déficitaire : soit la mesure attaquée est issue d'un grand consensus politique, soit elle fait l'objet d'un consensus limité à la coalition gouvernementale et d'un dissensus particulièrement aigu au sein du Parlement. La première hypothèse est celle d'un décret adopté à une forte majorité, voire à l'unanimité, qui bien qu'étant manifestement incompatible avec le prescrit constitutionnel rejoint une aspiration qui transcende les clivages politiques. Le décret « participation » rentre dans cette catégorie³⁷⁷. La seconde hypothèse est celle d'une mesure qui est jugée primordiale par les partis de la majorité, éventuellement au terme d'une âpre négociation, tout en étant fortement contestée par l'opposition. Le décret « inscriptions » résulte de ce processus. Dans les deux cas, la Cour offre une motivation déficiente pour, il nous semble, protéger sa légitimité. La technique est critiquable car lorsqu'elle agit ainsi, la Cour ne pense qu'au présent. Ses revirements, que ce soit sur le pouvoir de décision des établissements ou sur la limitation du libre choix, concernent pourtant tout autant l'avenir. La technique doit, également, être condamnée en raison de la légitimité induite que la Cour donne à une norme dont on peut remettre en question la constitutionnalité. Le législateur pourra ainsi se prévaloir du caractère proportionné de sa mesure en pointant le fait que la Cour, dans son examen, a annoncé un contrôle de proportionnalité même si, en pratique, elle s'en est abstenue³⁷⁸. Dans ce cadre, il arrive aussi que la Cour cède à ce que Paul Martens appelle « la tentation théocratique » notamment lorsqu'elle érige la paix scolaire au rang d'objectif de valeur supérieure justifiant que des lois résistent au contrôle de constitutionnalité³⁷⁹.

III. – Il y a lieu aussi de se demander si, en procédant de la sorte, le juge constitutionnel garantit réellement sa légitimité. « Le danger de l'il-légitimité qui guette la Cour d'arbitrage provient bien moins de l'audace dont elle fait preuve à l'occasion que de son refus quasi systématique d'exercer un strict contrôle de constitutionnalité lorsqu'est soumise à son examen une loi issue d'un accord politique ou institutionnel fragile »³⁸⁰. Comme le dit Marc Verdussen, « la légitimité d'une institution tient autant à ce qu'elle

³⁷⁷ Voy. *supra*, n° 36.

³⁷⁸ X. DELGRANGE, « L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 92.

³⁷⁹ P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 37.

³⁸⁰ P. BOUCQUEY, P.-O. DE BROUX, X. DELGRANGE, L. DETROUX, H. DUMONT, I. HACHEZ, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGENBROECK, « La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *J.T.*, 2003, p. 535.

fait qu'à ce qu'elle est»³⁸¹. La légitimité se mue ainsi en une crédibilité construite par la combinaison notamment d'une intelligibilité, d'une cohérence, d'une efficacité et d'un discernement³⁸². Certains arrêts, notamment l'arrêt « participation » ou l'arrêt « avantages sociaux », semblent ne réunir aucune de ces qualités. Fort heureusement, la plupart des arrêts de la période sous revue sont de meilleure facture. Il n'empêche qu'un recours rejeté par une motivation lacunaire, incohérente ou complaisante à l'égard du monde politique, si elle a tendance à rassurer ce monde politique sur l'absence d'un gouvernement des juges, peut créer de profondes frustrations chez les citoyens, organisés ou non en associations.

112. – Le juge constitutionnel est conscient de l'effet de ses décisions. Ceci explique au moins partiellement pourquoi la section de législation du Conseil d'État dispose d'une jurisprudence où elle se montre plus sévère, plus « juridiquement correcte » sur le respect de la liberté d'enseignement³⁸³. Le rôle consultatif du Conseil d'État l'autorise à cette attitude alors que la Cour constitutionnelle doit « immanquablement prendre en compte les effets juridiques et politiques de ses arrêts »³⁸⁴. C'est que le juge constitutionnel doit assumer un rôle important dans le droit de l'enseignement : il a pour mission de faire évoluer la portée du principe de liberté d'enseignement pour qu'il corresponde à la conception qu'en a désormais le monde politique.

113. – L'article 24 de la Constitution permet à la Cour d'invoquer de sérieuses circonstances atténuantes. Il y a dix ans, Hugues Dumont écrivait que cet article « était de plus en plus dépassé, juridiquement et socialement ». Dès lors, il appelait le constituant à reprendre la plume afin de baliser le travail du juge constitutionnel lorsque celui-ci met en balance les divers principes qui traversent le droit de l'enseignement. Le constituant devrait aussi clarifier « l'indispensable frontière entre la substance de la liberté d'enseignement et les restrictions autorisées »³⁸⁵. Nous faisons nôtre cet appel. L'évolution jurisprudentielle rend urgente une modification de l'article 24.

³⁸¹ M. VERDUSSEN, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 65.

³⁸² Pour de plus amples développements sur ces qualités, nous renvoyons aux analyses de M. VERDUSSEN, *ibidem*, pp. 65 à 78.

³⁸³ Voy. *supra*, n^{os} 18, 23, 26, 40 et 63 ainsi que les notes infrapaginales n^{os} 57 et 358.

³⁸⁴ P. VANDERNACHT et X. DELGRANGE, « Ébauche d'une comparaison des contrôles préventif de la section de législation du Conseil d'État et curatif de la Cour d'arbitrage », *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 133.

³⁸⁵ H. DUMONT, « Le pluralisme "à la belge" : un modèle à revoir », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 29 et 30.

Il est sans doute trop tôt pour affirmer que la Belgique du Pacte scolaire a vécu. Néanmoins, ses jours sont comptés. En 1988, le monde politique a pris conscience qu'il était impossible d'aboutir à un enseignement égalitaire «sans modification de la loi du Pacte scolaire et de la Constitution»³⁸⁶. À l'heure actuelle, le même constat peut être formulé à l'égard de notre enseignement obligatoire. Voilà qui doit guider le constituant dans une révision indispensable de l'article 24.

³⁸⁶ J. DE GROOF, *La révision constitutionnelle de 1988 et l'enseignement. La paix scolaire et son application*, Bruxelles, Éditions Story-Scientia/CEPESS, 1990, p. 23.