

L'INTERDICTION DES SOUS-NATIONALITÉS À BRUXELLES *

par

Hugues DUMONT

Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis

et

Sébastien van DROOGHENBROECK

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et assesseur au Conseil d'Etat

INTRODUCTION

Les Communautés française et flamande ne sont compétentes à Bruxelles qu'en ce qui concerne les institutions – elles ne le sont pas en ce qui concerne les personnes physiques – et seulement pour les institutions «unicommunautaires», c'est-à-dire celles qui se rattachent exclusivement à l'une ou l'autre de ces Communautés en raison de leurs activités (pour les matières culturelles et l'enseignement)¹ ou de leur organisation (pour les matières personnalisables)². Ces critères d'appartenance à l'une ou à l'autre des Communautés ont pour effet de ne pas contraindre les Bruxellois à s'enfermer dans une «sous-nationalité» flamande ou francophone. Il ne s'agit pas seulement d'un effet collatéral; il s'agit

aussi d'une exigence juridique. La doctrine et le Conseil d'État ont eu l'occasion de répéter à de nombreuses reprises que la Constitution et les lois de réformes institutionnelles ont, en effet, rejeté délibérément toute forme de sous-nationalité³. Cela signifie qu'«il n'existe, pour désigner les personnes destinataires des normes communautaires, aucun critère personnel»⁴. Cela ne signifie pas, en revanche, que les personnes physiques résidant à Bruxelles n'appartiendraient à aucune Communauté ou, pour le dire autrement, que les Communautés ne seraient pas compétentes à leur égard. Les Bruxellois sont bel et bien destinataires des décrets communautaires mais ils ne le sont qu'indirectement, par l'intermédiaire des institutions unicomunautaires auxquelles ils font appel⁵. Ils sont donc les destinataires dérivés des décrets qui trouvent dans ces institutions leurs destinataires primaires⁶.

Dans la présente contribution, l'on se propose tout d'abord d'explorer les sources de la règle de l'interdiction des sous-nationalités dans les travaux préparatoires des révisions constitution-

* Le présent texte est une version actualisée de la contribution présentée par les auteurs dans le cadre d'un colloque organisé, le 11 décembre 2009, par le *Brussels informatie-, documentatie- en onderzoekscentrum (BRIO)* sur le thème *Samenleven in een transculturele hoofdstad (1989-2009) – Vivre ensemble à Bruxelles, capitale transculturelle (1989-2009)*. Ce texte est publié avec l'aimable autorisation des organisateurs dudit colloque.

¹ Art. 127, §2, de la Constitution.

² Voy. à cet égard l'art. 128, §2, de la Constitution; l'art. 2 du décret du 1^{er} juillet 1982 fixant les critères d'appartenance exclusive à la Communauté française des institutions traitant les matières personnalisables dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, *Mon. b.*, 27 août 1982, qui porte : «appartiennent exclusivement à la Communauté française, au sens de l'article (128, §2) de la Constitution, les institutions (...) dont les actes de gestion courante et journalière se font en français et qui, par l'organisation de leur service d'accueil, s'adressent de manière spécifique aux francophones». L'article 3 du même décret ajoute : «Pour bénéficier d'une aide quelconque de la Communauté française, une institution qui appartient exclusivement à celle-ci doit avoir été agréée par l'Exécutif. L'Exécutif doit agréer toute institution qui en fait la demande et qui remplit les conditions fixées par l'article 2». Voy. aussi l'art. 65, §5, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions. Sur ces dispositions, voy. R. ANDERSEN, «Les compétences des institutions bruxelloises», in *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 283-284; R. WITMEUR, *La Commission communautaire française : une copie à revoir pour un État fédéral achevé?*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 8-9.

³ Cfr not. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 91 et p. 190 avec l'avis cité du Conseil d'État, ainsi que F. DELPEREE et S. DEPRE, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 113, note 2 avec les avis cités du Conseil d'État.

⁴ F. RIGAU, «Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application», *Ann. dr. Louv.*, 1983, p. 316.

⁵ Voy. en ce sens V. BARTHOLOMEE et J. HARMEL, «La protection de la jeunesse à Bruxelles et dans le Brabant», in *Ann. dr. Louv.*, 1990/4, p. 368; F. DELPEREE, «Nouveaux itinéraires constitutionnels», in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigau*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 157-158.

⁶ Il est donc permis de reprocher un manque de nuance au Constituant quand il écrit, en 1988, dans les travaux préparatoires qui ont conduit à la communautarisation de l'enseignement, qu'«à Bruxelles, les décret ne sont applicables qu'aux institutions, et non aux personnes» (*Doc. parl.*, Sénat, 1988, n° 100-2/1°, p. 2, cité par M. LEROY, «La communautarisation de l'enseignement», *J. T.*, 1989, p. 72).

nelles de 1970 et 1980 (I). Il s'agira ensuite de circonscrire de la manière la plus précise possible le contenu et la portée juridiques de la règle qui fait toute l'originalité du concept belge de «Communauté», puisqu'elle nous éloigne à la fois du fédéralisme territorial et d'un fédéralisme authentiquement personnel (II). Nous serons alors en mesure d'en dégager les conséquences : elle apporte des avantages qui ont été souvent soulignés; elle comporte aussi des inconvénients pratiques que l'on ne saurait se dissimuler. Des exemples tirés de l'actualité illustreront le propos (III). Ces inconvénients expliquent que la règle est aujourd'hui contournée et parfois méconnue dans un certain nombre de secteurs, ce que l'on s'attachera à montrer dans un quatrième temps (IV). Enfin, l'on s'interrogera sur la portée du droit international et européen des droits de l'homme sur cette question : fait-il obstacle à l'éventuelle mise en place de sous-nationalités dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (V)? Nous exposerons dans les conclusions les raisons pour lesquelles nous ne sommes pas favorables, sur le plan politique, à une telle «révolution». Mais il nous semble indispensable, sur le plan scientifique, d'examiner d'abord si elle se heurterait à des objections strictement juridiques.

I. LES SOURCES CONSTITUTIONNELLES DE LA RÈGLE⁷

Quand le constituant de 1970 crée les Communautés encore appelées «culturelles», il écarte d'emblée l'applicabilité des décrets aux personnes physiques à Bruxelles, à travers les articles 127, §2, et 128, §2, comme on l'a rappelé. Mais dans les travaux préparatoires, il ne justifie pas cette mise à l'écart par la volonté d'éviter toute forme de sous-nationalité à Bruxelles. La «note explicative» du gouvernement se contente d'observer que dans cette région bilingue, «tant la communauté de langue française que la communauté de langue néerlandaise ont des intérêts à défendre en matière spécifiquement culturelle».

⁷ Nous remercions vivement Madame Delphine de Jonghe, assistante aux FUSL, d'avoir rassemblé à notre intention la documentation pertinente sur ce point.

C'est «pour cette raison» que les décrets ne s'appliquent pas seulement dans les régions unilingues correspondantes, mais «également (...) aux institutions établies dans» la région bilingue, «qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme relevant exclusivement de la communauté intéressée»⁸. Curieusement, un député hostile à la révision estime en commission que «la création de conseils culturels crée une sous-nationalité pour les habitants» mais il ne vise pas spécifiquement le cas de la région de Bruxelles-Capitale : il emploie le terme à la légère à l'appui d'une demande de consultation populaire sur une réforme aussi «profonde»⁹. Le Ministre des relations communautaires ne prend même pas la peine de lui répondre.

Il faudra attendre l'ajout des matières personnalisables parmi les matières communautaires en 1980 pour voir le concept de sous-nationalité débattu et rejeté de manière plus explicite par le Constituant. Au départ, le critère de rattachement des institutions aux Communautés retenu par le gouvernement, dans ces nouvelles matières, était identique à celui que l'on trouve toujours dans l'article 127, §2 : le critère des «activités». Dans ce contexte, deux intervenants en commission au Sénat expriment la crainte que, pour empêcher les Bruxellois de s'adresser «au guichet le plus offrant», voire «aux différents guichets successivement», l'on soit obligé d'«introduire un régime de 'sous-nationalité', c'est-à-dire d'apartheid»¹⁰, alors qu'il serait «injuste et irréalisable d'imposer aux habitants de Bruxelles un choix déterminé en ce qui concerne les institutions appartenant à une Communauté déterminée»¹¹. Le Ministre des réformes institutionnelles répond : «1° La proposition de révision n'impose aucune contrainte aux particuliers. Il est donc inexact de prétendre qu'il est imposé un choix déterminé aux personnes individuelles. Le pouvoir des Communautés dans le domaine des matières personnalisables à Bruxelles ne touche

⁸ Note explicative du gouvernement, 17 octobre 1968, *Doc. parl.*, Sénat, s.e. 1968, p. 8.

⁹ Rapport fait au nom de la commission de révision de la Constitution par M. MEYERS, *Doc. parl.*, Chambre, s.e. 1968, n° 10/31/5°, p. 3.

¹⁰ Rapport fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par MM. DE STEXHE et LINDEMANS, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, p. 5.

¹¹ *Ibid.*, p. 6.

que les institutions. 2° On pourrait penser que le texte proposé permet l'instauration à Bruxelles d'une manière de sous-nationalité. Mais le gouvernement écarte résolument cette option ou ce résultat. 3° L'appartenance d'une institution bruxelloise à l'une ou l'autre Communauté ne peut, d'aucune manière, y entraver l'accès des particuliers, qu'ils soient néerlandophones ou francophones¹².

Cette réponse fait clairement apparaître que les critères de rattachement aux deux Communautés à Bruxelles n'ont pas été pensés initialement pour rendre les sous-nationalités impossibles, mais que l'interdiction des sous-nationalités a été posée dans un second temps au titre d'une interprétation de ces critères : le gouvernement dit bien qu'il n'a pas opté pour un régime de sous-nationalité et qu'il ne veut pas non plus que ce régime soit la conséquence de ces critères¹³. «Le gouvernement unanime est hostile à pareil système», dira plus tard le Ministre¹⁴. Ce dernier souligne par ailleurs deux implications essentielles de ce rejet de toute sous-nationalité : les «personnes individuelles» demeurent libres de se rattacher ou non à une institution unicommunautaire¹⁵, tout comme elles sont libres de choisir une institution relevant de la Communauté française ou une institution relevant de la Communauté flamande, puisque ces institutions unicommunautaires ne peuvent pas «entraver l'accès des particuliers, qu'ils soient néerlandophones ou francophones»¹⁶. Le choix est donc libre et non exclusif. Dans la mesure où le dispositif est censé n'imposer «aucune contrainte aux particuliers», on

peut ajouter que le choix est en outre réversible : demain, le même individu peut faire un autre choix.

Il reste que le critère de rattachement tiré de «l'activité» des institutions n'est pas compatible avec cette doctrine du gouvernement. Un membre de la commission s'en avise. Il estime qu'en ce qui concerne les institutions culturelles, «il est naturel que leurs activités s'adressent exclusivement à une Communauté» – on comprendra des années plus tard que cette exclusivité n'est en réalité pas si naturelle, mais laissons ce point ici¹⁷ –, alors que, «dans le domaine des matières personnalisables, les institutions s'adressent en principe ou, par préférence, à une communauté déterminée mais sont en fait ouvertes à tous»¹⁸. Il est exact que, si l'on devait soumettre le rattachement d'un hôpital à l'une ou l'autre des Communautés au critère tiré de ses activités, on forcerait cet hôpital à ne destiner ses activités sanitaires qu'aux seuls membres de cette Communauté. On serait alors, en effet, dans un régime d'*apartheid*. Pour maintenir intacte la liberté des Bruxellois de s'adresser à n'importe quelle institution unipersonnalisable et donc pour interdire à ces institutions toute politique d'*apartheid*, le Ministre des réformes institutionnelles suggère de remplacer le critère de «l'activité» par celui de l'«organisation»¹⁹. Cette suggestion sera adoptée²⁰. En réalité, il aurait été tout aussi opportun de choisir ce même critère pour les matières culturelles²¹, mais tel n'était plus l'objet du débat²². Le Premier ministre lui-même confirmera expressément l'interdiction des sous-nationalités, en illustrant son propos par «l'hôpital universitaire de la V.U.B. à Jette, une institution néerlandophone accueillant nombre de patients francophones» et «l'hôpital francophone

¹² *Ibid.*, p. 7.

¹³ Cfr la deuxième partie précitée de la réponse du Ministre.

¹⁴ Rapport précité fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par MM. DE STEXHE et LINDEMANS, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, p. 20.

¹⁵ Cfr la première partie précitée de la réponse du Ministre. Le Ministre précisera ensuite que les institutions bruxelloises elles-mêmes n'auront «aucune obligation [...] de choisir une appartenance à l'une ou l'autre communauté» (Rapport précité fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par MM. DE STEXHE et LINDEMANS, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, p. 9).

¹⁶ Cfr la troisième partie précitée de la réponse du Ministre et *ibid.*, p. 10. Cfr dans le même sens l'intervention du sénateur Waltniel en séance publique : «*Er moet in elk geval voor gezorgd worden dat alle burgers te Brussel vrije toegang hebben tot de diensten en de instellingen van hun keuze, ongeacht de gemeenschap waartoe deze instellingen en diensten behoren, ongeacht of het eventueel bicommunautaire instellingen en diensten zijn. Dat veronderstelt dat het invoeren van de subnationaliteit [...] volledig overbodig is, omdat een burger in Brussel, hoe dan ook, een beroep moet kunnen doen op gelijk welke dienst en instelling, ongeacht de gemeenschap waartoe hij behoort*» (*Ann. parl.*, Sénat, séance du 26 juin 1980, p. 2004).

¹⁷ Voy. H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, «L'exercice des compétences communautaires à Bruxelles», in *Chroniques de droit public – Publiekrechtelijke kronieken CDKP*, 2008/1, pp. 246-255, ici pp. 251 et s.

¹⁸ Rapport précité fait au nom de la commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions par MM. DE STEXHE et LINDEMANS, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, p. 7.

¹⁹ *Ibid.*, p. 7. Adde dans le même sens l'intervention d'un sénateur en séance publique, M. Serge MOUREAUX : cfr *Ann. parl.*, Sénat, séance du 26 juin 1980, p. 2000.

²⁰ *Ibid.*, pp. 18 et 20.

²¹ Voy. N. LAGASSE, *Le modèle bruxellois revisité à la lumière de la théorie du fédéralisme personnel*, recherche menée dans le cadre du CIRC des FUSL, juin 2005, pp. 76 et s.; H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, *op. cit.*, pp. 250 et s.

²² Quoiqu'un sénateur en séance publique, M. Serge Moureaux, avait bien vu le problème (*Ann. parl.*, Sénat, séance du 26 juin 1980, p. 1997).

de l'ULB à Anderlecht qui héberge de nombreux néerlandophones»²³. La liberté laissée aux Bruxellois de s'adresser à des institutions bipersonnalisables relevant à l'époque de l'État au titre des compétences résiduelles est également confirmée par le même Premier Ministre²⁴.

Quant à la faculté laissée à une loi spéciale par l'article 128, §2, de la Constitution de déroger à l'applicabilité des décrets dans les matières personnalisables aux institutions sises à Bruxelles qui se rattachent exclusivement à l'une ou l'autre Communauté, elle est justifiée à l'époque par le souci de pouvoir éventuellement revenir sur ce principe lorsque l'on aura trouvé «un règlement définitif pour Bruxelles» sans devoir réviser la Constitution²⁵. On sait que cette voie dérogatoire n'a jamais été empruntée. En 1988-1989, lorsque les institutions bruxelloises ont été mises en place, on a confié le «bipersonnalisable» à la Commission communautaire commune (CO-COM)²⁶ mais on n'a pas revu les règles déterminant le champ d'application des décrets unipersonnalisables.

L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles s'enracine donc bien dans la volonté clairement exprimée du pouvoir constituant.

II. LE CONTENU ET LA PORTÉE JURIDIQUES DE LA RÈGLE

La règle de l'interdiction des sous-nationalités s'analyse d'abord comme une règle de liberté individuelle (1). Elle donne au fédéralisme personnel en vigueur à Bruxelles une configuration originale (2). Mais en dehors de Bruxelles, elle se conjugue avec un strict principe de territorialité (3). Pour en illustrer les implications à Bruxelles, nous épinglerons deux exemples : la protection de la jeunesse (4) et l'obligation scolaire (5).

²³ Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes institutionnelles par MM. WECKX et VAN CAUWENBERGHE, *Doc. parl.*, Chambre, 1979, n° 10/2/4°, p. 9 et 27; et n° 10/5/4°, p. 3.

²⁴ *Ibid.*, p. 9.

²⁵ Voy. en ce sens la déclaration du Premier Ministre, Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes institutionnelles par MM. WECKX et VAN CAUWENBERGHE, *Doc. parl.*, Chambre, 1979, n° 10/5/4°, p. 3.

²⁶ Art. 135 de la Constitution.

1) UNE RÈGLE DE LIBERTÉ INDIVIDUELLE

Les travaux préparatoires des articles 127, §2, et 128, §2, de la Constitution que l'on vient d'analyser autorisent à comprendre l'interdiction des sous-nationalités comme suit : *le rattachement des individus à l'une ou l'autre des Communautés ne peut être qu'indirect, libre, non exclusif et réversible*. *Indirect*, puisqu'il se réalise par le biais d'une institution unicommunautaire. *Libre* parce que l'individu n'est pas tenu de s'adresser à une telle institution : il peut s'adresser à une institution biculturelle, biéducative ou bipersonnalisable. *Non exclusif* dans la mesure où une même personne peut rattacher une part de son existence socioculturelle à la Communauté française (en inscrivant son enfant dans une école francophone, par exemple) et une autre part à la Communauté flamande (en l'inscrivant, par ailleurs, dans une académie flamande de musique). *Et réversible* car demain, le même individu peut faire un autre choix.

Plusieurs avis du Conseil d'État insistent sur la liberté des personnes physiques que l'interdiction des sous-nationalités ainsi comprise garantit : les Communautés peuvent imposer des obligations aux Bruxellois, mais c'est à condition qu'ils se soient rattachés volontairement et librement à une institution unicommunautaire. Dans un avis du 18 avril 1991 sur une proposition de décret relative aux universités de la Communauté flamande, le Conseil d'État a considéré ainsi que la limitation de la compétence des Communautés aux institutions unicommunautaires à Bruxelles qui résulte des articles 127, §2, et 128, §2, de la Constitution est l'expression «*van het in het constitutioneel bestel duidelijk aanwezig basisbeginsel dat in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad gemeenschapsdecreten gelding hebben – en slechts gelding kunnen hebben – wanneer die tot geen communautaire fricties aanleiding kunnen geven, dit wil zeggen dat in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad een gemeenschapsdecreet geen regels kan opleggen aan personen die bij afwezigheid van een regel van subnationaliteit, op het stuk van aanhorigheid aan een Gemeenschap op bij voorbaat vastgestelde en objectieve gronden niet identificeerbaar zijn*»²⁷. En revanche, les Commu-

²⁷ Projet de décret, Conseil de la Communauté flamande, 1990-1991, n° 502/1, avis du Conseil d'État cité par J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 409 et 412.

nautés peuvent conduire des politiques en faveur respectivement des flamands et des francophones de Bruxelles de manière indirecte via les institutions unicommunautaires. Le Conseil d'État n'a par exemple aucune objection contre une proposition de décret qui imposait aux communes de la région de langue néerlandaise l'obligation de communiquer à la Commission néerlandaise de la culture, devenue la *Vlaamse Gemeenschapscommissie* (VGC), tout déménagement d'un de leurs habitants dans une commune de l'agglomération bruxelloise²⁸. Aucune sous-nationalité n'était créée de la sorte. Les institutions flamandes de Bruxelles étaient seulement mises en mesure de contacter les Flamands qui venaient d'emménager à Bruxelles.

Un autre avis insiste sur les limites du pouvoir des Communautés d'imposer des règles aux personnes physiques indirectement, par le biais de l'institution à laquelle elles ont choisi de s'adresser : il faut que ce recours à une institution unicommunautaire résulte d'un choix « libre et conscient » : *« de decreetgever kan verplichtingen opleggen aan personen die zich op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofstad bevinden, in zoverre die het gevolg zijn van een vrijwillige beslissing om zich tot een Vlaamse instelling te wenden. Aan andere personen kan geen verplichting opgelegd worden. Dit geldt o.m. voor personen die zich helemaal niet gewend hebben tot een Vlaamse instelling, of voor personen die wel in behandeling zijn bij een Vlaamse instelling, maar zonder dat dit het gevolg is van een vrije en bewuste keuze. Voor die personen kunnen eventuele verplichtingen enkel opgelegd worden door de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie »*²⁹.

2) UNE RÈGLE QUI TEMPÈRE LE FÉDÉRALISME PERSONNEL À BRUXELLES

Le système des appartenances communautaires à Bruxelles que l'on vient d'exposer déroge au fédéralisme territorial en vigueur partout ailleurs en Belgique. Il institue un fédéralisme personnel mais la règle de l'interdiction des sous-nationali-

tés donne à ce fédéralisme personnel une configuration originale. Il ne s'agit pas du fédéralisme personnel tel que les Autrichiens Karl Renner et Otto Bauer l'ont théorisé à la fin de la première guerre mondiale puisque leur conception de ce fédéralisme présupposait un concept de sous-nationalité que l'on peut définir comme un lien de droit *personnel, volontaire, exclusif et relativement rigide* avec une communauté « nationale » infra-étatique dotée de compétences décisionnelles dans des matières comme la culture et l'enseignement³⁰. Les personnes qui ont choisi leur sous-nationalité sont enregistrées comme telles dans les registres électoraux. Elles bénéficient d'un accès exclusif aux institutions scolaires, théâtrales ou autres qu'elles financent par leurs impôts³¹.

Dans la pratique, seuls quelques États décentralisés ont recouru à ce principe de l'autonomie personnelle³². Dans certains d'entre eux, les citoyens sont *obligés* de faire un choix entre les nationalités reconnues³³. Ils optent librement pour l'une ou l'autre, mais ils doivent opter. Une fois décidée, l'appartenance à une communauté nationale exclut toute autre appartenance, mais elle n'est pas nécessairement irréversible. Toutefois, le changement d'appartenance communautaire est soumis à des formalités et à l'acceptation officielle de la nouvelle communauté d'adoption.

On voit donc tout ce qui sépare notre fédéralisme personnel sans sous-nationalité de ces dispositifs d'autonomie personnelle avec sous-nationalité.

3) UNE RÈGLE APPLICABLE AUSSI EN DEHORS DE BRUXELLES

Les critères d'identification des destinataires de décrets purement personnels comme « les flamands », « les francophones » ou « les ressortissants » de telle ou telle Communauté, sans un lien avec le territoire de base pour lequel la Communauté est compétente, sont inconstitutionnels parce qu'ils se heurtent précisément à l'objection qu'il n'existe pas de sous-nationalité

²⁸ N. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 36-40.

³¹ J. CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten. Het Belgisch model*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia, 2003, p. 415.

³² N. LAGASSE, *op. cit.*, p. 43 et s. où sont examinés les dispositifs qui sont ou qui ont été en vigueur en Hongrie, au Liban, à Chypre et en Estonie.

³³ Au Liban et à Chypre : cfr *ibid.*, pp. 47-57.

dans notre structure fédérale. Le Conseil d'État, section de législation, l'a relevé à de nombreuses reprises³⁴. Ainsi, une proposition de décret en matière d'enseignement qui serait d'application dès qu'un des parents est inscrit en français dans les registres de l'état civil ou qui possède une carte d'identité en français omet à tort, selon le Conseil d'État, d'indiquer le lien nécessaire avec la région de langue française³⁵.

Autre exemple, la section de législation constate qu'une proposition de décret est inconstitutionnelle quand elle prévoit l'octroi d'une allocation financière aux chômeurs «ressortissants de la Communauté française» qui sont disposés à suivre un programme de recyclage. En l'occurrence, il était possible de faire dépendre l'octroi de l'allocation de la condition que le recyclage soit suivi en français³⁶. Les avis dans le même sens du Conseil d'État adressés aux législateurs décrets sont nombreux.

Comme on le sait, la Cour d'arbitrage (devenue depuis Cour constitutionnelle) a amplement confirmé cette jurisprudence. Elle a ainsi annulé un décret francophone du 26 juin 1984 qui entendait autoriser l'usage du français par les mandataires communaux francophones des communes situées sur le territoire de la région de langue néerlandaise³⁷.

Avant d'examiner les avantages et les inconvénients de la règle, nous allons encore l'illustrer en développant deux exemples concrets.

³⁴ Cons. J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 408.

³⁵ Proposition de décret non adoptée, Conseil de la Communauté française, s.o. 1983-1984, n° 152/2, avis du Conseil d'État cité par *ibidem*, p. 409.

³⁶ Proposition de décret non adoptée, Conseil de la Communauté française, s.o. 1981-1982, n° 58/2, avis du Conseil d'État cité par J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State. Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 409 et 412.

³⁷ C.A., arrêt n° 17, 26 mars 1986, *J.T.*, 1986, obs. M. UYTENDAELE, ainsi que *T.B.P.*, 1986, p. 343-360, obs. J. VELAERS. Voy. dans le même sens les autres arrêts cités par A. ALEN et R. ERGEC, «Le principe de territorialité dans la jurisprudence belge et européenne. Un essai de synthèse», *J.T.*, 1998, pp. 785-790. Ultérieurement, la même Cour constitutionnelle a nuancé, comme on le sait aussi, le principe de territorialité dans le domaine des matières culturelles en reconnaissant que chaque Communauté peut adopter, dans certaines conditions, des mesures de promotion de son identité culturelle dont les effets sont susceptibles d'excéder les limites de son territoire. Sur ce tempérament, voy. not. C.A., arrêt n° 54/96 du 3 octobre 1996 et les commentaires de A. ALEN et R. ERGEC, *op. cit.*; J.-Cl. SCHOLSEM, «De l'arbitrage» *Journal des Procès*, 1996, n° 312, p. 29 et s.; M. UYTENDAELE et R. WITMEUR, «La frontière linguistique entre deux eaux», *J.T.*, 1997, pp. 477 et s.

4) L'EXEMPLE DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

Jusqu'en 1988, la prohibition des sous-nationalités signifiait dans l'esprit du Constituant et du législateur spécial que des droits ou des obligations différents ne pourraient pas être accordés ou imposés aux Bruxellois en fonction de leur rattachement à la Communauté française ou à la Communauté flamande³⁸. A première vue, cette déduction introduit une incohérence dans le raisonnement tenu il y a un instant. Si les Bruxellois peuvent recourir aux services d'institutions uncommunautaires et se rattacher ainsi indirectement à l'une ou l'autre Communauté, ils peuvent, à ce titre, bénéficier des mesures que cette Communauté adopte ou être soumis aux obligations qu'elle prescrit³⁹. En toute hypothèse, l'autonomie des Communautés fait que ces normes seront différentes selon l'appartenance communautaire choisie en la circonstance.

En réalité, cette conception qui est encore celle du Constituant de 1980 est liée au contenu des matières confiées aux Communautés à l'époque. Les pouvoirs exercés par celles-ci, tant dans les matières culturelles que dans les matières personnalisables, semblaient se limiter, aussi bien dans les régions unilingues correspondantes qu'à Bruxelles, à une offre de services culturels, sociaux ou sanitaires. L'organisation de ces services nécessitait sans doute d'imposer diverses obligations aux institutions qui les procuraient, mais non aux administrés⁴⁰. Mais cette conception de la compétence des Communautés va, par la suite, se révéler trop restrictive. C'est dans le domaine de la protection de la jeunesse que l'on va s'en aviser.

Dans un avis du 20 juin 1984 rendu à ce sujet, les chambres réunies du Conseil d'État considèrent encore que le pouvoir des Communautés dans le secteur personnalisable est limité aux matières ou parties de matières présentant un caractère «communicationnel» ou «de volontariat»⁴¹. Dès lors que les mesures prises à l'égard des mi-

³⁸ Voy. V. BARTHOLOMEE et J. HARMEL, *op. cit.*, p. 381 et Ph. DE BRUYCKER, «Bruxelles dans la réforme de l'État», *C.H. du CRISP*, n° 1230-1231, 1989, pp. 27 et 45-46.

³⁹ Voy. en ce sens F. DELPEREE et S. DEPRE, *op. cit.*, n°s 174 et 218.

⁴⁰ M. LEROY, *op. cit.*, p. 72.

⁴¹ *Doc. Cons. Comm. fr.*, 1984-1985, n° 172/1, p. 5-23.

neurs ont un caractère contraignant, elles ne peuvent relever des matières personnalisables. Quatre ans plus tard, la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) rompt avec cette conception⁴². Certes, elle confirme que la protection de la jeunesse «revêt toujours essentiellement une finalité d'aide et d'assistance», mais elle ajoute qu'il en va toujours ainsi lors même que cette protection «présente un caractère contraignant». Aussi, elle admet que les Communautés adoptent des mesures qui contraignent directement le mineur ou les membres de sa famille⁴³. Le 8 août 1988, en se fondant partiellement sur cette jurisprudence, le législateur spécial modifie alors la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 pour élargir les compétences des Communautés dans cette matière⁴⁴.

Les implications de cette évolution sur les pouvoirs des Communautés dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale n'ont été tirées au clair qu'après de longues années. Finalement, la doctrine spécialisée⁴⁵ et la pratique⁴⁶ se sont ralliées à un critère simple, celui du caractère volontaire ou contraignant pour les personnes de la norme décrétable en cause. Par «normes volontaires», on entend les aides et les services que les Communautés peuvent offrir aux Bruxellois et que ceux-ci acceptent ou négocient. Par «normes contraignantes», on comprend les aides imposées. Les Communautés peuvent adopter les premières comme les secondes, mais seules les premières sont applicables à Bruxelles. Les Communautés s'estiment donc bien compétentes dans la région bilingue pour proposer les services mis en place par leur décret, par exemple le conseiller de l'aide à la jeunesse du côté francophone, ou le *Comite voor bijzondere jeugdzorg van Brussel* du côté flamand. Et le jeune bruxellois est libre de s'adresser au réseau d'aide de son choix.

En revanche, si la norme communautaire contraint le mineur en lui imposant une aide, elle n'a force de loi que dans la région unilingue française ou néerlandaise. A Bruxelles, c'est alors à la Commission communautaire commune de prendre le relais : il revient à celle-ci, en effet, d'y régir directement les personnes dans les matières personnalisables. Il revient aussi à ladite Commission de régir les institutions actives dans les mêmes matières qui échappent à l'une ou l'autre Communauté⁴⁷. Nous verrons dans la quatrième partie de cette contribution les difficultés que l'on a éprouvées à respecter cette exigence constitutionnelle.

5) L'EXEMPLE DE L'OBLIGATION SCOLAIRE

Le domaine de l'enseignement offre un autre terrain d'application intéressant des principes constitutionnels. Si l'État fédéral est demeuré compétent pour fixer le début et la fin de l'obligation scolaire, c'est, entre autres raisons, précisément parce que les Communautés ne sont pas compétentes pour contraindre directement les personnes à Bruxelles⁴⁸. Les parents bruxellois doivent donc inscrire leur enfant dans une école en vertu de la loi, mais ils peuvent choisir librement une école francophone ou une école flamande et se rattacher ainsi à la Communauté française ou flamande. Ce rattachement n'est pas obligatoire : ils peuvent tout aussi bien faire choix d'un établissement d'enseignement étranger ou international. Ils relèveront alors de la compétence du législateur fédéral⁴⁹. On l'a déjà souligné, le rattachement n'est pas non plus exclusif ni définitif : il est circonscrit à l'enfant concerné et au domaine de l'enseignement ; il est réversible. Enfin, ajoutons qu'une fois le régime francophone, flamand ou autre choisi, ce dernier sera à la source de droits et d'obligations qui varieront d'une législation scolaire à l'autre⁵⁰.

⁴² C.A., arrêt n° 66 du 30 juin 1988 et C.A., arrêt n° 67 du 9 novembre 1988.

⁴³ Sur cette évolution, voy. V. BARTHOLOMEE et J. HARMEL, *op. cit.*, p. 349-350.

⁴⁴ Art. 5, § 1^{er}, II, 6°, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

⁴⁵ Voy. not. P. HENRY, «Aide à la jeunesse : le cas de Bruxelles», *I.D.J.*, n° 140, décembre 1994, pp. 3-6; G. RENAULT, «Suite au prochain numéro?», *I.D.J.*, n° 152, février 1996, pp. 73-75; F. TULKENS et T. MOREAU, *Droit de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier 2000, pp. 549-556.

⁴⁶ Cons. la réponse de Mme la Ministre-Présidente ONKELINX à une question orale de Mme PERSOONS relative à la problématique bruxelloise de l'application du décret de l'aide à la jeunesse, *Cons. Comm. fr., C.R.I.*, séance du 12 mars 1996, 1995-1996, n° 9, pp. 10-12.

⁴⁷ En vertu de l'art. 135 de la Constitution. Voy. *infra* à ce propos. Sur les inconvénients de cette répartition des compétences et pour des propositions alternatives, voy. V. BARTHOLOMEE et J. HARMEL, *op. cit.*, pp. 367-384; P. HENRY, *op. cit.*; G. RENAULT, *op. cit.*

⁴⁸ Art. 127, § 1^{er}, 2°, a), de la Constitution et M. LEROY, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁹ Cfr L. VANCRAEYEBECK et X. DELGRANGE, «Le statut juridique des écoles européennes en droit public belge et européen», *Brussels and Europe – Bruxelles et l'Europe*, R. DE GROOF (éd.), Bruxelles, ASP (Academic and Scientific Publishers), 2008, pp. 435-454.

⁵⁰ Sans que l'on puisse y voir une discrimination, a précisé la Cour constitutionnelle dans plusieurs décisions.

Toutefois, dans ce domaine aussi, nous allons voir que la pratique ne se conforme pas toujours aux principes que l'on vient de rappeler.

III. LES AVANTAGES ET LES INCONVÉNIENTS DE LA RÈGLE

1) LES AVANTAGES

Le système est complexe, mais il a une grande qualité qui est admirée par beaucoup d'observateurs étrangers : il préserve la liberté des personnes à Bruxelles. Elles peuvent choisir leur appartenance et leur législation communautaires, par le biais des institutions auxquelles elles décident de faire appel de manière – on l'a dit – libre, non exclusive et réversible.

Pour beaucoup de Bruxellois, notamment ceux qui n'éprouvent pas un sentiment d'appartenance à une Communauté en particulier et ceux issus de couples mixtes, il serait cruel ou excessivement contraignant d'exiger un choix exclusif et irréversible entre les deux Communautés. Pour beaucoup d'autres, en particulier les Bruxellois d'origine immigrée dont on sait combien ils sont nombreux, l'imposition d'un tel choix serait artificielle⁵¹.

Plus positivement pour tous les Bruxellois, quelle que soit leur origine, la faculté de faire du *zapping* communautaire est une richesse, une occasion d'ouverture à l'autre qui a tout son prix en cette période tentée par les replis communautaires.

2) LES INCONVÉNIENTS DE LA RÈGLE

La règle comporte néanmoins plusieurs inconvénients pratiques. On en recense trois. Elle entraîne tout d'abord des complications : les Communautés doivent adopter des dispositions spécifiques pour l'application de leurs décrets à Bruxelles (a.1) et elles doivent céder le relais chaque fois qu'elles voudraient contraindre direc-

tement les personnes physiques à d'autres autorités sur lesquelles elles n'ont aucune prise. A quoi l'on ajoutera que, dans les faits, ces autorités – l'État et la Commission communautaire commune, en l'occurrence – manquent singulièrement de diligence pour assumer leurs responsabilités (a.2). L'interdiction des sous-nationalités a, en outre, pour conséquence de rendre très difficile, sinon impossible, l'exercice de certaines compétences communautaires. L'on songe surtout au pouvoir fiscal propre des Communautés française et flamande (b.1). De manière plus anecdotique, on pense aussi à l'impossibilité d'introduire un «jour férié communautaire» (b.2). Enfin, la règle empêche des réformes institutionnelles que certains jugent souhaitables : elle rend impossibles de nouvelles dévolutions de compétences au profit des Communautés. L'on songe évidemment au débat sur une éventuelle défédéralisation de certains pans de la sécurité sociale. Il ne s'agit d'un inconvénient qu'aux yeux de certains acteurs politiques dont nous ne partageons pas les thèses, mais nous ne pouvons pas pour autant le passer sous silence (c).

a) La règle entraîne des complications institutionnelles

a.1. La nécessité d'adopter des dispositions spécifiques pour l'application des décrets des Communautés à Bruxelles

La Cour constitutionnelle l'a reconnu : les Communautés peuvent et, dans bien des cas, doivent adopter des dispositions spécifiques par rapport à celles qui s'appliquent dans leur région unilingue pour viser les institutions unicommunautaires établies à Bruxelles⁵². Par exemple, elles ne peuvent en principe pas imposer des normes aux communes bruxelloises puisque celles-ci ne répondent pas à la notion d'institutions unicommunautaires. Elles doivent s'adresser aux commissions unicommunautaires

⁵¹ Voy. à ce propos l'art. 17 du décret du 28 février 2003 relatif à la politique flamande d'intégration civique tel qu'il a été modifié par l'article 8 du décret du 1^{er} février 2008 : «Dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, le bureau d'accueil peut informer le nouvel arrivant mineur allophone qui se présente au bureau d'accueil ou y est présenté, pendant un délai de soixante jours scolaires suivant la présentation, sur l'offre socioculturelle de langue néerlandaise et éventuellement le mettre en contact avec les services locaux concernés».

⁵² C.A., arrêt n° 37/92 du 7 mai 1992, cons. B.5.1. Même quand un décret vise des institutions, des dispositions spécifiques pour la Région de Bruxelles-Capitale sont parfois aussi prévues. Pour un exemple, voy. par ex. l'art. 17, §4, du décret de la Communauté flamande du 8 mai 2009 relatif à l'aide sociale générale : ««De Vlaamse Regering kan voor de centra in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad specifieke regels vaststellen voor de programmering, het werkgebied, de erkenning en de subsidiering».

bruxelloises⁵³. Le Conseil d'État l'a rappelé à plusieurs reprises : «*Instellingen die bij wet onderworpen zijn aan een tweetalig regime, kunnen niet beschouwd worden als instellingen die, wegens hun organisatie, geacht moeten worden uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap. Welnu, op grond van de wetten op het gebruik der talen in bestuurszaken is dit het geval voor de gemeenten van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Een decreet kan aan die gemeenten dus geen verplichtingen opleggen. De toestand is anders op het vlak van het onderwijs. Gemeenten kunnen in het arrondissement Brussel-Hoofdstad scholen oprichten met afdelingen in het Nederlands of het Frans, evenals eentalige kinderbewaarplaatsen en kleuterafdelingen vallen onder de bevoegdheid van de betrokken gemeenschap. Wil de decreetgever een lokale overheid in Brussel betrekken bij het toezicht op de naleving van het decreet, dan dient hij daar een beroep te doen op een andere instelling dan de gemeente. Dit zou bijvoorbeeld de Vlaamse Gemeenschapscommissie kunnen zijn*»⁵⁴.

Quand les Communautés oublient les limites de leur pouvoir sur le territoire de la région bilingue, les destinataires des décrets à Bruxelles doivent faire eux-mêmes le tri entre les dispositions qui peuvent s'appliquer parce qu'elles sont applicables via des institutions et celles qui ne le peuvent pas parce qu'elles devraient s'appliquer directement aux personnes physiques⁵⁵. Le Conseil d'État le signale régulièrement. Par exemple, dans un avis sur une proposition de décret de la Communauté flamande au sujet de l'adoption internationale, il relève que «*het toepassingsgebied van een artikel in een Vlaams decreet houdende regeling van de interlandelijke adoptie, dat verplichtingen oplegt aan de*

adoptanten die zelfstandig een adoptie gerealiseerd hebben, moet dan ook beperkt worden tot de adoptanten die hun gewone verblijfplaats hebben binnen het Nederlandse taalgebied»⁵⁶.

a.2. *La nécessité de céder le relais à l'État fédéral ou à la Commission Communautaire Commune pour contraindre directement les personnes physiques à Bruxelles*

Pour viser les personnes physiques directement, compte tenu de l'interdiction des sous-nationalités, c'est l'État qui doit prendre le relais des Communautés pour les matières biéducatives et biculturelles et la Commission communautaire commune (COCOM) pour le secteur bipersonnalisable. Or, nous savons que ni le premier ni la seconde ne sont prompts à assumer leurs compétences. C'est du reste la raison pour laquelle il a été proposé depuis longtemps de confier le domaine bicommunautaire d'intérêt régional à la Région bruxelloise⁵⁷. Cet inconvénient ne résulte pas directement de l'interdiction des sous-nationalités : il résulte de l'incurie de ces deux autorités politiques, mais on ne peut pas le passer sous silence car il ne serait pas à déplorer si des sous-nationalités permettaient aux Communautés de conserver leurs compétences.

Pour illustrer le peu d'empressement mis par la Commission Communautaire Commune pour assumer ses responsabilités, il suffit de reprendre l'exemple de la protection de la jeunesse. En effet, ce n'est que 24 ans après le premier décret flamand relatif à l'aide spécialisée à la jeunesse et 18 ans après le premier décret francophone, qu'est entrée en vigueur l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 29 avril 2004 relative à l'aide à la jeunesse⁵⁸. En attendant, c'était toujours la vieille loi du 8 avril 1965 relative à la

⁵³ Cons pour le surplus L. GALLEZ et A. VANDECAPPELLE, «L'intervention des communes dans les matières communautaires à Bruxelles», et H. DUMONT, «Les relations entre les communes bruxelloises et les institutions compétentes dans les matières communautaires», *De Brusselse negentien gemeenten en het Brussels model – Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, sous la dir. de E. WITTE, A. ALLEN, H. DUMONT, P. VANDERNOOT et R. DE GROOF, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 469-491, pp. 651-658. Pour un exemple récent, voy. l'art. 20 du décret de la Communauté flamande du 30 avril 2009 modifiant le décret du 28 avril 1998 relatif à la politique flamande à l'encontre des minorités ethnoculturelles (rebaptisé *Décret relatif à la politique flamande de l'intégration*).

⁵⁴ Avis du 29 avril 2003 cité par X. *Grondwet. Wetgeving staatshervorming*. EVRM, Brugge, Die Keure, 2006, p. 255. Voy. l'article 22 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative

⁵⁵ Cfr ainsi F. TULKENS et Th. MOREAU, *op. cit.*, p. 555.

⁵⁶ Avis du 12 novembre 2002 cité par X. *Grondwet. Wetgeving staatshervorming*. EVRM, Brugge, Die Keure, 2006, p. 254.

⁵⁷ Cons. H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, *op. cit.*; H. DUMONT, «L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste bruxellois'. Synthèse et conclusions», in *Brussels Studies*, www.brusselsstudies.be, n° 19, 16 juin 2008, pp. 19-29 (disponible sur le même site en néerlandais et en anglais). Dans l'accord institutionnel pour la sixième réforme de l'État du 11 octobre 2011 publié sur le site Internet de la Chambre, on remarque l'intention de suivre partiellement cette proposition en transférant «la compétence relative aux matières biculturelles d'intérêt régional à la Région de Bruxelles-Capitale à l'exclusion des institutions culturelles fédérales» (p. 28).

⁵⁸ *Mon. b.*, 1^{er} juin 2004. Cons. B. VAN KEIRSBILCK, «L'ordonnance relative à l'aide à la jeunesse à Bruxelles entre en vigueur», in *Journal de droit des jeunes*, n° 287, septembre 2009, pp. 3-5.

protection de la jeunesse qui fondait les normes contraignantes à l'égard des mineurs à Bruxelles.

Quant à l'État, les exemples abondent pour illustrer son inertie⁵⁹. On peut prendre le secteur biéducatif pour s'en convaincre. La Cour constitutionnelle l'a rappelé récemment dans son arrêt du 9 juillet 2009⁶⁰ : c'est l'État qui est seul compétent pour faire respecter l'obligation scolaire dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. La Cour a donc rappelé que le décret de la Communauté française du 25 avril 2008 fixant les conditions pour pouvoir satisfaire à l'obligation scolaire en dehors de l'enseignement organisé ou subventionné par elle ne pouvait pas s'appliquer à Bruxelles⁶¹. Mais l'État ne fait strictement rien. Aussi – mais cela échappait à la compétence de la Cour –, un très discret «protocole de coopération» parfaitement inconstitutionnel entre la Communauté française et la Communauté flamande⁶² a tenté de combler la lacune en organisant une «cellule» administrative commune.

b) *La règle rend très difficile, sinon impossible, l'exercice de certaines compétences communautaires*

b.1. *L'impossibilité d'activer le pouvoir fiscal propre des Communautés*

Les Communautés se voient constitutionnellement investies du pouvoir de lever des impôts dans les matières qui relèvent de leurs compétences (art. 170, §2, de la Constitution). Le pouvoir fiscal ainsi théoriquement reconnu est néanmoins, jusqu'à présent, demeuré lettre morte, en ce qui concerne les Communautés française et flamande en tous cas. Les raisons de cette ineffectivité sont bien connues⁶³. Au risque d'une sché-

matisation extrême, elles peuvent être résumées comme suit. L'absence de sous-nationalité à Bruxelles implique que la Communauté française et la Communauté flamande ne peuvent *a priori* désigner ceux et celles qui, parmi les Bruxellois, seront les destinataires exclusifs de leurs impositions respectives. La solution consistant à rendre l'ensemble des Bruxellois débiteurs d'une fraction des impôts levés par chacune des deux Communautés, et à opérer la répartition des recettes ainsi prélevées entre les deux Communautés selon une clef prédéterminée, se heurte, selon le Conseil d'État⁶⁴, à la règle du consentement à l'impôt : le Bruxellois ne peut être effectivement représenté qu'au sein d'un seul Parlement de Communauté, et ne pourrait donc être astreint au paiement, fût-il partiel, des impôts levés par l'autre Communauté. La solution de repli, consistant pour les deux grandes Communautés à ne taxer que les résidents des deux régions linguistiques unilingues formant leurs «bases territoriales» respectives, et à exclure par conséquent l'application de leurs décrets fiscaux respectifs sur le territoire de la Région du Bruxelles-Capitale, encourt quant à elle, toujours selon le Conseil d'État, des griefs au regard du principe constitutionnel d'égalité en matière fiscale⁶⁵.

Le problème ainsi résumé est bien connu. Il n'est cependant pas insurmontable, ainsi que l'a récemment démontré Bruno Lombaert⁶⁶. Des pistes juridiques imaginatives pourraient être explorées. Force est néanmoins de constater qu'elles ne sont pas inscrites dans un agenda politique unanimement partagé. Jusqu'à nouvel ordre, la compétence communautaire demeure donc un véhicule de taxation inutilisable; seule la compétence régionale est en mesure d'assumer ce rôle.

Ce qui vaut pour la «fiscalité douloureuse» vaut également, et pour des raisons fondamentalement identiques – l'impossibilité pour les Communautés de «cibler» des ayant-droits bruxellois – pour

⁵⁹ Cfr H. DUMONT, «Les matières communautaires à Bruxelles du point de vue d'un francophone», in *Het statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, sous la dir. de E. WITTE, A. ALLEN, H. DUMONT et R. ERGEC, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 583 et ss.; H. DUMONT et L. VANCRAVEBECK, *op. cit.*, p. 252 et sv.

⁶⁰ CC, arrêt n° 107/2009 du 9 juillet 2009. Voy à ce propos M. EL BERHOUMI, «L'enseignement à domicile perquisitionné», *J.T.*, 2009, pp. 701 à 706.

⁶¹ Cfr considérant B.9.2 de l'arrêt précité.

⁶² La version originale de ce Protocole, datée du 19 mars 1997, avait été signée par les Ministres L. Van Den Bossche et Onkelinx. Elle a été abrogée, et remplacée par un nouveau Protocole daté du 12 novembre 2008 et signé par les Ministres Vandenbroucke et Dupont.

⁶³ Pour une synthèse récente relative à la matière, voy. B. LOMBAERT, «Article 170», *R.B.D.C.*, 2006, n° 3, pp. 257 et s. et nombreuses références citées; J.-Cl. SCHOLSEM, «Les compétences fiscales et financières des collectivités de l'espace Wallonie-Bruxelles», *C.D.P.K.*, 2008/1, pp. 280-283.

⁶⁴ Voy. les références citées par B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁶⁵ Voy. les références citées par B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 261 et s. Comp. J.-Cl. SCHOLSEM, «Les compétences fiscales et financières des collectivités de l'espace Wallonie-Bruxelles», *op. cit.*, p. 280-283, qui ne cache pas son scepticisme et sa préférence pour une fiscalité exclusivement régionale.

la «fiscalité heureuse». C'est ce qu'a révélé le dossier du *Jobkorting*.

Le *Jobkorting* était une mesure de réduction forfaitaire de l'impôt des personnes physiques qui avait été instituée au bénéfice des contribuables bénéficiant d'un revenu professionnel, et ce, en vue de lutter contre le phénomène des «pièges à l'emploi»⁶⁷. Cette mesure fut introduite par un décret du Parlement flamand du 30 juin 2006⁶⁸, au bénéfice exclusif – puisqu'il s'agissait d'une compétence régionale – des personnes impossibles dans une commune de la Région flamande⁶⁹, c'est-à-dire résidant dans une de ces communes. En vigueur depuis l'exercice d'imposition 2008, la réduction forfaitaire ainsi consentie avait, dans un premier temps, connu une augmentation de ses montants initiaux (en 2009, elle tournait autour de 250-300 euros). Au cours de la même période, le cercle de ses bénéficiaires avait également été élargi par une suppression du plafonnement initial auquel avaient été astreints les revenus professionnels éligibles. Circonstances économiques obligent, l'année 2010 signalait un premier reflux de générosité : conformément à ce qu'annonçait l'accord de gouvernement flamand 2009-2014, le bénéfice du *jobkorting* était devenu nettement plus sélectif en termes de revenus éligibles, tandis que son montant s'était vu raboté. Le glas de la mesure sonna finalement en décembre 2010⁷⁰ : son coût, et la perspective d'un recours en manquement en raison de la discrimination qu'elle recelait en ses flancs⁷¹, eurent raison du *Jobkorting*⁷².

⁶⁷ L'on vise par là le différentiel trop étroit entre les allocations de chômage et le salaire minimum.

⁶⁸ Décret du 30 juin 2006 houdende invoering van een forfaitaire vermindering in de personenbelasting, tel que modifié par un décret du 19 décembre 2009.

⁶⁹ Cette limitation était, à l'estime de la Commission européenne, à la source d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité, opérée au détriment des personnes ne résidant pas en Flandre mais y exerçant une activité professionnelle (voy. «Jobkorting discrimineert, vindt EU-Commissie», *De Morgen*, 28 octobre 2010).

⁷⁰ Voy. les articles 86 et 87 du décret du Parlement flamand du 23 décembre 2010 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2011.

⁷¹ Voy. ci-avant la note infrapaginale n° 69.

⁷² Une interrogation s'était également faite jour quant à l'impact réellement positif de la mesure, telle qu'elle avait été initialement conçue, en termes d'incitation au maintien ou au retour sur le marché du travail. Voy. A. DECOSTER, K. DE SWEERTDT et P. VANLEENHOVE, «Ex ante evaluatie van de vlaamse jobkorting», *Flemish Discussion Paper*, n° 5, 2011, consultable sur <https://www.econ.kuleuven.be>.

En 2009, l'impact du *Jobkorting* avait été particulièrement spectaculaire puisque la réduction fut liquidée de manière complète au cours du même mois (février 2009), au lieu d'être répartie sur les douze mois de l'année, comme elle l'avait été précédemment. Cet événement, joint à une campagne de communication trop peu nuancée – le *jobkorting* fut présenté comme une mesure bénéficiant à «tous les flamands», alors qu'il ne bénéficiait qu'aux assujettis à l'impôt des personnes physiques résidant en région flamande⁷³ – et à la perspective d'une augmentation ultérieure du cadeau ainsi consenti – on se trouvait en campagne électorale ...⁷⁴ –, suscita des remous d'insatisfaction auprès de la population néerlandophone bruxelloise et de ses représentants politiques⁷⁵. Une différence de traitement était en effet à l'œuvre au sein des membres de la même communauté linguistique, différence de traitement d'autant plus mal perçue qu'elle pouvait éventuellement déployer ses effets tout à fait concrets sur un même lieu de travail, entre personnes occupées à la même fonction. La première, résidant en Flandre, bénéficierait du *Jobkorting*; la seconde, résidant à Bruxelles, en serait privée. Il fut avancé qu'un tel traitement préférentiel était contreproductif, puisqu'il risquait d'encourager les bruxellois néerlandophones à quitter la capitale pour s'installer en Région flamande.

Sur un plan juridique, la mesure ainsi instituée ne pouvait être jugée discriminatoire : un décret du Parlement flamand, adopté dans le cadre de compétences régionales, ne peut s'appliquer en Région de Bruxelles-Capitale, et n'est donc débiteur de respect des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination qu'«à l'intérieur» des frontières de la Région flamande, qui coïncide avec la région unilingue de langue néerlandaise. Qu'elle ne fût pas discriminatoire en droit, n'empêcha pas que la mesure fut perçue comme telle sur un plan politique et symbolique

⁷³ Voy., à cet égard, le coup de sang du ministre VANHENGEL, «Vlaanderen heeft eilandgedachte ontwikkeld», *De Morgen*, 25 mars 2009.

⁷⁴ «Open VLD voert precampagne rond jobkorting», *De Standaard*, 15 février 2009.

⁷⁵ Voy. S. GATZ, «Jobkorting voor de vlamingen, stadskorting voor de brusselaars», *De Standaard*, 31 mars 2009; P. SMET et Y. IDRISI, «Met de rug naar Brussel», *De Standaard*, 30 mars 2009.

dans les milieux néerlandophones bruxellois. Émergea donc la revendication d'une mesure de compensation en faveur de ceux-ci. Un très intéressant débat tenu au Parlement flamand le 26 mars 2009⁷⁶ montra cependant que cette revendication débouchait, en fait ou en droit, sur une impasse.

L'idée fut d'abord avancée de consentir aux Bruxellois le bénéfice d'un cadeau régional spécifique, compensant leur absence de droit au *Jobkorting*. Cette idée, popularisée sous le label de *Stadskorting*⁷⁷, était largement chimérique. L'adoption d'une telle mesure relève en effet de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale qui devrait impérativement en réserver le bénéfice à tous les Bruxellois. Or, c'est peu dire que la Région de Bruxelles-Capitale n'a sans doute pas, actuellement, les moyens financiers pour consentir un tel cadeau.

L'autre piste eût consisté à véhiculer le cadeau litigieux, en en modifiant le cas échéant la nature, mais en en conservant les effets heureux, par une compétence communautaire. Pareille piste était cependant impraticable en droit : l'absence de sous-nationalité à Bruxelles empêche la Communauté flamande de cibler, de manière spécifique, les Bruxellois qui seront bénéficiaires de ses cadeaux fiscaux. Pour reprendre les termes même utilisés par l'ex-Ministre Bert Anciaux lors du débat du 26 mars 2009,

«fiscale bevoegdheden aanwenden voor de Brusselse Vlamingen kan op dit ogenblik gewoon niet. Er is geen wettelijk instrument voor. Het is reeds gezegd : we kunnen op dit ogenblik alleen

*fiscale bevoegdheden vanuit een gewest aanwenden. Er zijn zelfs geen fiscale gemeenschapsbevoegdheden meer. Bij de afschaffing van het kijken luistergeld is destijds de enige gemeenschapsfiscaliteit verdwenen»*⁷⁸.

D'aucuns remirent alors sur le tapis, pour sortir de l'impasse juridique ainsi aperçue, la création d'une véritable sous-nationalité bruxelloise ou, à tout le moins – si tant est que, par-delà les mots, existe entre les deux réalités qu'ils désignent une quelconque différence –, un *gemeenschapskeuze* à Bruxelles. L'idée, parfaitement inconstitutionnelle *de lege lata*, ne fit cependant pas l'unanimité, en tous cas au sein des protagonistes du débat du 26 mars 2009.

b.2. L'impossibilité d'introduire «un jour férié communautaire»

L'idée d'introduire un nouveau jour férié correspondant à la date de la «fête nationale» de l'une des trois Communautés du Royaume n'est assurément pas neuve⁷⁹.

On la retrouva notamment⁸⁰ dans des propositions de loi déposées par l'Open VLD en 2004, à la Chambre⁸¹ et au Sénat⁸². L'objet de ces propositions n'était certes pas d'ajouter un nouveau jour férié à la liste que comporte d'ores et déjà le calendrier du travail, mais bien de prévoir, en substance, que lorsqu'un jour férié officiel coïncide avec un dimanche ou un autre jour d'inactivité, la date du premier jour de remplacement

⁷⁸ *Op. cit.*

⁷⁹ La commission de la réforme de l'État et des affaires générales du Parlement flamand avait adopté à l'unanimité, le 2 juillet 1996, une proposition de résolution relative à la reconnaissance de la fête officielle de la Communauté flamande comme jour férié payé (*Doc. VI. Parl.*, 1995-1996, 246/1 et 246/2). Le «jour férié communautaire» fut par la suite évoqué dans l'accord de gouvernement fédéral du 8 juillet 2003 («le gouvernement organisera une concertation avec les partenaires sociaux sur la reprise des jours de fêtes des régions ou des communautés dans la listes des jours de fêtes légaux, sans pour autant en augmenter le nombre total»), ainsi que dans l'accord de gouvernement – finalement avorté – négocié au cours de l'été 2007.

⁸⁰ Voy., auparavant, la Proposition de loi modifiant l'article 1er de l'arrêté royal du 18 avril 1974 déterminant les modalités générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés, déposée le 26 juin 2003 par G. Bourgeois (*Doc. parl.*, Chambre, 51-030).

⁸¹ Proposition de loi complétant la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés afin que le premier jour de remplacement soit prioritairement fixé de manière à ce qu'il coïncide avec un jour férié communautaire, déposée le 29 mars 2004 par MM. Tommelein et Borginon, *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-972/001.

⁸² Proposition de loi complétant l'article 6 de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés afin que le premier jour de remplacement soit prioritairement fixé de manière à ce qu'il coïncide avec un jour férié communautaire, déposée le 14 mai 2004 par A. Van De Casteele et P. Vankrunkelsven, *Doc. parl.*, Sénat, n° 3-696/1).

⁷⁶ Vraag om uitleg van de Heer M. Demesmaeker tot de Heer B. Anciaux, Vlaams Minister van Cultuur, Jeugd, Sport en Brussel, over de Vlaamse jobkorting en het standpunt van de VGC-Raad, *Handelingen van de Commissievergadering van de Commissie voor Brussel en de Vlaamse Rand*, 2008-2009, 26 mars 2009, pp. 7 et s.

⁷⁷ Voy. l'intervention de S. Gatz dans le cadre du débat du 26 mars 2009, *op. cit.*, p. 9 : «We moeten een manier vinden om de Brusselsaars een zekere compensatie te bieden voor de jobkorting die ze nu niet krijgen. Volgens mij moet het antwoord op die vraag in eerste instantie op het niveau van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest worden gezocht. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest heeft de voorbije jaren trouwens al een aantal inspanningen geleverd om de fiscale druk te verminderen. De Brusselsaars kunnen van een halvering van de gewestbelasting genieten. Die halvering is niet van dezelfde orde van grootte als de jobkorting, maar ze is toch substantieel. Misschien moeten we meer de richting van een stadskorting voor de Brusselsaars uitgaan. Die discussie moet allicht in een ander gremium, met name de Brusselse Hoofdstedelijke Raad, worden gevoerd. Gezien de huidige financiële toestand van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest zal dit niet zo gemakkelijk zijn. Dit brengt ons weer bij de discussie over de staatshervorming en over de herfinanciering van de gewesten».

intervenant en compensation de ce jour férié «perdu», soit fixée de manière à ce qu'elle coïncide avec la date de la fête de la communauté «à laquelle appartient le travailleur»⁸³.

À quelle Communauté les travailleurs étaient-ils, pour les besoins de l'application de ce dispositif, réputés «appartenir»? Les auteurs des propositions de loi susvisées retenaient, sur ce point, la règle de la *lex loci laboris* : «le premier jour férié à remplacer est (...) remplacé par le jour de la fête de la Communauté flamande, française ou germanophone, selon que le lieu du travail se trouve respectivement sur le territoire de la région de langue néerlandaise, française ou allemande»⁸⁴. Ils précisaient que le «lieu du travail» désigne lui-même «le lieu du siège d'exploitation de l'employeur où le travailleur est occupé»⁸⁵. Qu'en était-il cependant s'agissant des travailleurs dont le «lieu de travail» se situe en région bilingue de Bruxelles-Capitale? Eu égard à l'absence de sous-nationalité à Bruxelles, les propositions de loi susvisées n'avaient pas d'autre possibilité que d'offrir aux personnes qui y travaillent le choix parfaitement discrétionnaire – et, fort logiquement, révisable d'année en année – de leur «jour férié communautaire» (11 juillet, 27 septembre ou 15 septembre). Selon les propositions de loi déposées au Sénat et à la Chambre, en effet, «dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, le jour de remplacement est fixé de manière à ce qu'il coïncide avec le jour férié d'une des communautés au choix du travailleur»⁸⁶.

Les propositions ainsi résumées suscitèrent le scepticisme du Conseil National du Travail (CNT)⁸⁷. En particulier, le dispositif «bruxellois» qu'elles mettaient en place fut jugé impraticable, bien qu'il fut la conséquence parfaitement logique et constitutionnellement conforme de l'inexistence d'une «appartenance communautaire» imposée des individus à Bruxelles. Selon le CNT en effet

«les difficultés engendrées par ce mécanisme seraient encore plus aiguës pour les entreprises situées sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, la possibilité étant, dans ce cas, donnée aux travailleurs de choisir entre trois fêtes communautaires pour fixer ce jour de remplacement. Ces entreprises se verraient dès lors privées plusieurs fois par an d'une partie de leur personnel, ce qui pourrait avoir pour elles d'importantes répercussions tant en termes de fonctionnement que de coût»⁸⁸.

En conséquence, le CNT estima que l'introduction du «jour férié communautaire», par voie législative et de manière uniforme, ne se recommandait pas : mieux valait renvoyer la question à la négociation au sein des secteurs d'activité et des entreprises.

Très largement rallié par les organisations patronales⁸⁹, l'avis négatif ainsi formulé a provisoirement eu raison du «jour férié communautaire». L'idée ressurgit certes⁹⁰ dans une proposition de loi du 11 janvier 2008 déposée par l'Open VLD⁹¹ et dans une proposition de loi du 28 janvier 2009 déposée par la NV-A⁹². L'une et l'autre demeurèrent sans suite. On notera, au passage, que la proposition de la NV-A «durcissait» assez considérablement le dispositif imaginé par les propositions antérieures. En substance, le «jour férié communautaire» aurait été assuré chaque année, même lorsque, par un hasard du calendrier, aucun des jours férié d'ores et déjà existant ne correspond à un dimanche ou à un jour d'inactivité en sorte qu'aucun «jour de remplacement»

⁸⁸ Avis n° 1504, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁹ V.R., «Pas de jour férié généralisé le 11 juillet», *La Libre Belgique online*, 20 août 2009.

⁹⁰ Voy. encore, sans exhaustivité, la proposition de résolution déposée le 7 octobre 2009 par J. Ceder et A. Jansegers, visant à supprimer le jour férié légal payé du 21 juillet et à le remplacer par le 11 juillet pour la Communauté flamande, le 27 septembre pour la Communauté française et le 15 novembre pour la Communauté germanophone, *Doc. parl.*, Sénat, n° 4-1445/1. Cette proposition de résolution fait écho à une proposition de loi déposée antérieurement, par la même formation politique, à la Chambre (*Doc. parl.*, Chambre, Doc 52-420/1). Voy. encore la proposition de loi complétant l'article 6 de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés en vue de fixer prioritairement le premier jour de remplacement à la date d'un jour férié communautaire, *Doc. parl.*, n° 4-394/1.

⁹¹ Proposition de loi complétant la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés afin que le premier jour de remplacement soit prioritairement fixé de manière à ce qu'il coïncide avec un jour férié communautaire, déposée par MM. Tommelein et Versnick, *Doc. parl.*, Chambre, 52-672/001.

⁹² Proposition de loi modifiant la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés afin d'instituer pour les travailleurs un jour férié payé le jour de la fête de leur communauté, déposée le 28 janvier 2009 par B. Weyts, *Doc. parl.*, Chambre, 52-1765/1.

⁸³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 51-972/1, p. 2.

⁸⁴ Article 3 de la Proposition, *Doc. parl.*, Chambre, 51-972/1, p. 7.

⁸⁵ Article 2 de la Proposition, *Doc. parl.*, Chambre, 51-972/1, p. 7.

⁸⁶ Article 3 de la Proposition, *Doc. parl.*, Chambre, 51-972/1, p. 7.

⁸⁷ Avis n° 1504 du 21 décembre 2004 rendu sur la proposition de loi complétant l'article 6 de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés afin que le premier jour de remplacement soit prioritairement fixé de manière à ce qu'il coïncide avec un jour férié communautaire, déposée le 14 mai 2004 par A. Van De Casteele et P. Vankrunkelsven.

n'est normalement offert. Par ailleurs, les travailleurs bruxellois ne se seraient plus vus offrir le choix qu'entre le jour férié de la Communauté française et le jour férié de la Communauté flamande. Le casse-tête des employeurs bruxellois s'en serait sans doute trouvé quelque peu simplifié; la règle de l'égalité et de la non-discrimination aurait par contre été quelque peu énermée au détriment des travailleurs bruxellois qui voudraient opter pour la fête de la Communauté germanophone ...

c) La règle rend impossibles certaines des dévolutions de compétences parfois réclamées au profit des Communautés.

Il a déjà été montré ailleurs que les revendications flamandes de communautarisation de certaines matières fédérales comme les allocations familiales et l'assurance maladie-invalidité, exigeraient – à supposer que l'on maintienne le caractère obligatoire de l'affiliation au système sur lequel elles reposent – de créer au moins deux sous-nationalités à Bruxelles⁹³. Certes, la Cour constitutionnelle a admis que la Communauté flamande ouvre à tous les Bruxellois la faculté de «s'affilier volontairement à une caisse d'assurance soins agréée» par cette Communauté, mais précisément la Cour ne l'a admis que parce que «les obligations qui incombent aux personnes domiciliées dans cette région» ont «pour cause leur décision libre de s'affilier à une telle caisse et qu'elles ne seront tenues de les respecter qu'aussi longtemps qu'elles resteront affiliées»⁹⁴. Donc les Communautés ne pourraient pas contraindre les Bruxellois à s'affilier à un organisme communautaire de sécurité sociale quelconque⁹⁵. On n'est donc pas étonné de découvrir que dans

l'accord institutionnel pour la sixième réforme de l'État du 11 octobre 2011, le transfert qui y est annoncé de la matière des allocations familiales aux Communautés est modalisé par la précision qu'«à Bruxelles, c'est la COCOM qui sera compétente à l'exclusion des deux Communautés». Quant aux politiques soi-disant communautarisées dans les domaines des soins de santé et de l'aide aux personnes, le même accord porte que, «dans la mesure où [ces] compétences impliquent, pour les personnes, des obligations ou des droits à une intervention ou une allocation, ou lorsqu'il s'agit d'institutions bicommunautaires, l'autorité compétence en Région de Bruxelles-Capitale sera la Commission communautaire commune». La référence aux «droits» et non aux seules «obligations» pourrait éventuellement annoncer une innovation par rapport à la jurisprudence constitutionnelle que l'on vient d'évoquer. Il conviendra de suivre de près la traduction constitutionnelle et législative que cet accord politique postule encore à l'heure où nous écrivons ces lignes.

*
* *

Les «inconvenients» que l'on vient de présenter – même si les obstacles à la défédéralisation de la sécurité sociale ne sont pas un inconvénient à nos yeux⁹⁶ – expliquent que la règle est aujourd'hui contournée et parfois méconnue dans un certain nombre de secteurs.

IV. LES AVANCÉES PARTIELLES ET FEUTRÉES DE L'IDÉE DE SOUS-NATIONALITÉ DANS LE DROIT EN VIGUEUR

Il est de doctrine classique de nuancer l'affirmation de l'inexistence de sous-nationalités à Bruxelles par la mise en avant de certains dispositifs du droit électoral (1). Les catégories sous-nationales que dessinent ces dispositifs n'ont pas toujours vu leur utilisation cantonnée à la seule organisation des scrutins : certaines tentatives de

⁹³ X. DELGRANGE avec la collabo. de H. DUMONT, «Bruxelles et l'hypothèse de la défédéralisation de la sécurité sociale», et J. VELAERS, «Brussel en de hypothese van de defederalisering van de sociale zekerheid» in *Autonomie, solidariteit en samenwerking. Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21^e siècle – Autonomie, solidariteit en samenwerking. Enkele belangen van het Belgisch federalisme in de 21ste eeuw*, Ph. CATTOIR, Ph. DE BRUYCKER, H. DUMONT, H. TULKENS et E. WITTE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 235-264, pp. 265-303.

⁹⁴ C.A., arrêt n° 33/2001 du 13 mars 2001, B.4.3.

⁹⁵ Voy. récemment, B. CANTILLON, P. POPELIER et N. MUSSCHE, «Bevoegdheidsverdeling en solidariteitskringen in een gelaagde welvaartsstaat. Elementen voor een rationeel debat over de ruimte voor een vlaams sociaal beleid», in *De gelaagde welvaartsstaat. Naar een Vlaamse sociale bescherming in België en Europa?*, B. CANTILLON, P. POPELIER et N. MUSSCHE (dir.), Anvers, Intersentia, 2010, p. 9.

⁹⁶ Cfr P. PALSTERMAN, «Défédéraliser la sécurité sociale?», *C.H. du CRISP*, 2005, n° 1899.

débordements, relativement sujettes à caution, ont pu être observées dans d'autres domaines de la vie sociale et du commerce juridique (2). Un troisième phénomène, relativement neuf, mérite également d'être épinglé : celui des « offres conjointes » de prestations dans les matières uncommunautaires. Ces offres conjointes, sans aboutir encore à la véritable constitution de sous-nationalités, n'en aboutissent pas moins d'ores et déjà à grignoter ce qui, en bonne logique, constitue l'une des conséquences de l'absence de sous-nationalités, à savoir le droit absolu de « panachage », statique (induisant une mosaïque d'appartenances indirectes) et dynamique (grâce à la réversibilité des options), dont les bruxellois disposent dans le choix des prestations communautaires dont ils souhaitent obtenir le bénéfice (3).

1) LA SOUS-NATIONALITÉ ÉLECTORALE

Divers dispositifs de droit électoral aboutissent à assigner aux électeurs et candidats élus bruxellois, une manière de sous-nationalité⁹⁷ franco-phonie ou néerlandophone.

L'on sait que les listes de candidats aux élections du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale doivent être unilingues, et que la déclaration d'appartenance à un groupe linguistique que chaque candidat est tenu de faire aux fins de s'y inscrire, vaudra de manière définitive et irrévocable pour toutes les élections subséquentes⁹⁸. La réalité de l'appartenance linguistique déclarée par le candidat est attestée, non seulement par la langue de sa carte d'identité⁹⁹, mais aussi par la propre appartenance linguistique de ceux qui « parrainent sa candidature ». Soit il s'agit d'élus fédéraux ou d'élus régionaux sortants appartenant au groupe linguistique correspondant, soit il s'agit d'électeurs (au moins 500) appartenant au groupe linguistique correspondant, cette appartenance linguistique des électeurs étant elle-même déterminée par la langue – ou, le

cas échéant, celle des mentions spécifiques – utilisée sur leur carte d'identité¹⁰⁰.

L'article 279 de la Nouvelle Loi Communale, qui vise à favoriser la représentation de la minorité néerlandophone au sein des exécutifs communaux bruxellois, repose également sur un système d'appartenance linguistique irrévocable des élus¹⁰¹, et de ventilation de leurs « électeurs-parrains » entre les deux groupes linguistiques selon la langue utilisée sur leur carte d'identité¹⁰².

De tels dispositifs – et singulièrement celui qui enferme définitivement le candidat dans une appartenance linguistique déterminée et bride de la sorte les éventuelles « réorientations linguistiques » de sa carrière politique – se sont, dès l'abord, et sans discontinuer par la suite, attiré la critique. La règle contenue à l'article 17 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 fut ainsi déclarée « tout à fait choquante » par Marc Verdussen¹⁰³. Xavier Delgrange rappelle, pour sa part, que « certains bruxellois sont de vrais bilingues qui n'éprouvent pas de sentiment d'appartenance à une communauté en particulier »¹⁰⁴. La proposition trouva de larges échos, à la veille des élections régionales de juin 2009, auprès des collectifs *Probruxsel*, *Manifestobru* ou encore, *Aula Magna*¹⁰⁵.

La question de la compatibilité d'un tel dispositif de « clicage linguistique » avec la Convention européenne des droits de l'homme a jadis été posée¹⁰⁶, mais n'a jamais reçu de réponse définitive et tranchée. Faut-il le préciser : elle est assurément

¹⁰⁰ Voy. art. 17, § 3 et 5, de la même loi.

¹⁰¹ Voy. l'article 279 de la Nouvelle loi communale, *juncto* l'article 23bis, § 2, de la loi électorale communale. Plus avant, voy. X. DELGRANGE, A. MARES et P. MEIER, « De Vlaamse vertegenwoordiging in de Brusselse gemeenten », *Les dix-neuf communes bruxelloises et le modèle bruxellois*, *op. cit.*, pp. 316 et s.

¹⁰² Voy. l'article 23bis, § 2, dernier alinéa, de la loi électorale communale.

¹⁰³ M. VERDUSSEN, « L'élection régionale et ses préliminaires », *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 130-131.

¹⁰⁴ X. DELGRANGE, « Le fédéralisme belge : la protection des minorités idéologiques et philosophiques », *R.D.P.*, 1995, p. 1200. Voy. aussi H. DUMONT et X. DELGRANGE, « La loi du Pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations : sagesse ou monstruosité ? », *J.T.*, 1994, pp. 10-11.

¹⁰⁵ Cons à ce propos A. MASKENS, « Le 'Manifeste bruxellois', nouvelles réflexions » et les réactions de H. DUMONT, « L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste bruxellois'. Synthèse et conclusions », in *Brussels Studies*, www.brusselsstudies.be, n° 19, 16 juin 2008, pp. 1-6, pp. 19-29. Voy. aussi sur ces associations, J.P. Massaux, « Le nouveau mouvement bruxellois », *C.H. du CRISP*, 2011, n°s 2103-2104.

¹⁰⁶ Voy. J. CLEMENT et X. DELGRANGE, « La protection des minorités/De bescherming van de minderheden », *Het Statuut van Brussel/Bruxelles et son statut*, *op. cit.*, p. 537.

délicate. On ne peut certes ignorer que les organes de la Convention européenne des droits de l'homme acceptent que la protection des droits d'une minorité puisse justifier d'assez sévères restrictions aux droits d'électorat et d'éligibilité découlant de l'article 3 du premier protocole additionnel¹⁰⁷. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies en juge de même, s'agissant des droits découlant de l'article 25 du Pacte. Dans cette perspective, il est toujours utile de rappeler que les dispositifs de «clichage» de l'appartenance linguistique des candidats, sur lesquels reposent les articles 17 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 et 279 de la Nouvelle Loi Communale, constituent historiquement une réaction au regrettable épisode dit des «faux flamands» qui s'étaient présentés, avec succès, aux élections du conseil d'agglomération du 21 novembre 1971¹⁰⁸, et étaient ainsi parvenus à neutraliser les protections mises en place au profit de la minorité flamande dans l'architecture de l'agglomération bruxelloise. Un objectif légitime ne garantit cependant pas, à lui seul, la licéité des mesures choisies pour l'atteindre. Encore celles-ci doivent-elles subir l'épreuve de la proportionnalité, laquelle fait avant tout appel à l'imagination institutionnelle : n'existerait-il pas d'autres mesures qui, tout aussi efficaces pour sauvegarder les intérêts du groupe, impliqueraient cependant des sujétions moins drastiques au détriment des droits individuels impliqués¹⁰⁹? Le «clichage linguistique» des candidats aurait par exemple une tout autre portée si l'on supprimait l'interdiction des listes électorales bilingues pour les élections régionales bruxelloises, tout en subordonnant leur recevabilité à la présence d'un

nombre minimum de candidats certifiés de manière crédible comme appartenant au groupe linguistique néerlandais. Il y a là évidemment ample matière à discussions, en soi et compte tenu de l'incidence que cette réforme aurait sur l'organisation et le fonctionnement du Parlement bruxellois¹¹⁰.

2) LA SOUS-NATIONALITÉ SUBSIDIAIRE DES MINEURS À BRUXELLES ET LA TENTATIVE AVORTÉE DE SOUS-NATIONALITÉ POUR LES SENIORS

a) Les mineurs

Nous avons déjà signalé le retard avec lequel l'ordonnance relative à l'aide à la jeunesse à Bruxelles a été adoptée par la Commission communautaire commune. Cette ordonnance du 29 avril 2004 retient comme premier critère déterminant son application le lieu de la résidence familiale du jeune en difficulté¹¹¹. Lorsque le tribunal de la jeunesse prend une mesure d'urgence, elle exige que cette juridiction «en avise immédiatement soit le Conseiller de l'aide à la jeunesse de Bruxelles, soit le *Comité voor bijzondere jeugdzorg van Brussel*, selon la langue dans laquelle la procédure a été menée devant» elle, «afin que ceux-ci puissent éventuellement organiser une *aide volontaire*»¹¹². Au cas où le jeune ne comprend pas la langue de la procédure, le tribunal de la jeunesse a la faculté de désigner un service ou une institution qui relève de la compétence d'une autre autorité»¹¹³.

On perçoit ici le souci de respecter l'interdiction des sous-nationalités. Le Conseil d'État l'avait relevé : «la Commission communautaire commune n'est pas habilitée à établir les critères en fonction desquels un jeune de la région bilingue de Bruxelles-Capitale est réputé appartenir à l'une ou l'autre communauté». Il avait dès lors recommandé «de prévoir l'obligation d'appliquer en principe un critère objectif lorsqu'il s'agit de confier un mineur

¹⁰⁷ Voy. Comm. eur. D.H., décision *Polacco et Garofallo c. Italie* du 15 septembre 1997. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Py c. France* du 11 janvier 2005. Comme l'indique la Commission de Venise, «selon les critères applicables à la protection des minorités nationales, les États disposent d'une marge de manœuvre considérable pour déterminer comment assurer leur participation effective aux affaires publiques. Cette marge doit leur permettre de tenir compte de leur situation historique et sociale particulière, tout en se conformant à l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 14 de la Convention, à l'article 25 du Pacte international sur les droits civils et politiques des Nations Unies et à la jurisprudence pertinente» (*Rapport sur le double vote des personnes appartenant à des minorités nationales*, adopté par le Conseil des élections démocratiques et par la Commission de Venise (juin 2008), CDL-AD(2008)13, pt. 2).

¹⁰⁸ Sur cet épisode, voy. J. CLEMENT et X. DELGRANGE, «La protection des minorités/De bescherming van de minderheden», *Het Statuut van Brussel/Bruxelles et son statut*, op. cit., pp. 529 et 530; E. WITTE et J. CRAYEBECKX, *La Belgique politique de 1830 à nos jours*, Bruxelles, Labor, 1987, p. 43.

¹⁰⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009, § 48.

¹¹⁰ Cfr États généraux de Bruxelles – Staten-generaal van Brussels – Citi-zens' Forum of Brussels, *La société civile bruxelloise se mobilise, Thématisques et conclusions*, Bruxelles, Le Cri, 2010, pp. 264-267, 271-273. L'accord institutionnel précité pour la sixième réforme de l'État renvoie l'examen d'une éventuelle suppression de l'interdiction des listes bilingues à «un groupe de travail ad hoc constitué de représentants bruxellois des huit partis associés à la négociation» (p. 24).

¹¹¹ Art. 3, 1^o, de l'ordonnance précitée.

¹¹² Souligné par nous.

¹¹³ Art. 12, § 3, de l'ordonnance précitée.

à un service ou à une institution relevant de l'une ou l'autre communauté ou de la commission communautaire commune. Dans la mesure où le choix ne peut s'opérer qu'entre des services et des institutions de la Communauté française ou de la Communauté flamande, ce critère pourrait, par exemple, être la langue dans laquelle la procédure a été menée devant le tribunal de la jeunesse. L'application d'un tel critère éviterait», toujours selon les termes de la section de législation, «que le jeune soit considéré comme appartenant à l'une ou l'autre communauté ou que le tribunal de la jeunesse le place dans le ressort de la Communauté flamande ou de la Communauté française : le jeune continuerait en effet à relever de la compétence de la Commission communautaire commune, quel que soit l'endroit où la mesure serait exécutée. Outre ce critère principal, le projet pourrait également prévoir que, dans l'hypothèse où l'application du critère précité devait aboutir à un résultat empêchant l'exécution adéquate de la mesure ordonnée – on peut par exemple penser au cas d'un jeune qui ne comprend pas la langue de la procédure –, le tribunal de la jeunesse a la faculté de désigner un service ou une institution qui relève de la compétence d'une autre autorité. Certes, ce critère subsidiaire tient compte de la connaissance linguistique du jeune, mais l'objectif n'en est pas non plus de le rattacher à l'une ou l'autre communauté, ni de le faire dépendre de l'une ou l'autre communauté»¹¹⁴. On mesure bien toutes les précautions prises par le Conseil d'État pour éviter toute forme de sous-nationalité des mineurs en danger à Bruxelles et on peut constater que le législateur ordonnancier s'est conformé à ces directives.

En revanche, quand on est en dehors de l'hypothèse que l'on vient d'examiner d'une aide *volontaire* suite à une mesure d'urgence, il nous semble qu'une forme de sous-nationalité n'a pas pu être évitée. L'exécution des mesures *contraignantes* que le tribunal de la jeunesse peut prendre à l'égard des mineurs bruxellois en vertu des articles 10 et 12 de l'ordonnance n'est pas confiée à des services ressortissant à la Commission communautaire commune, tout simplement parce que ces services n'existent pas et parce qu'elle n'au-

rait pas les moyens de les financer. Aussi, l'article 13 de l'ordonnance renvoie à un accord de coopération entre la Commission Communautaire Commune et les deux Communautés pour charger celles-ci de l'exécution des dites mesures contraignantes. L'accord conclu le 11 mai 2007¹¹⁵ prévoit que «pour l'exécution de l'ordonnance», «la Communauté française met à disposition de la Commission Communautaire Commune le service de protection judiciaire de Bruxelles» et «les services agréés par elle», tandis que la Communauté flamande met à sa disposition «le service social de la Communauté flamande près du tribunal de la jeunesse de Bruxelles» et également «les services agréés par elle»¹¹⁶. Rédigé dans un style pour le moins maladroit, l'article 3 de l'accord énonce les critères de renvoi vers l'une ou l'autre communauté comme suit : «La Communauté française et la Communauté flamande s'engagent à exécuter les décisions du pouvoir judiciaire, par lesquelles en application de l'ordonnance du 29 avril 2004 une mesure a été prise par rapport au jeune, si la langue de la procédure correspond à celle de la Communauté concernée. Toutefois, si la langue de la procédure est différente de celle de la Communauté, les services dépendants de la Communauté concernée ne peuvent refuser la prise en charge du jeune pour le seul motif de la langue et ceci pour autant que celui-ci ait un lien familial, social, culturel ou éducatif avec cette communauté, et ce dans l'intérêt supérieur du jeune». L'article 2 de l'accord précise, pour sa part, que «la mise à disposition des services par la Communauté française et la Communauté flamande a lieu dans les limites des réglementations propres à chacune des Communautés précitées».

Il résulte de ces dispositions que des normes contraignantes uncommunautaires sont bel et bien imposées directement aux mineurs bruxellois en fonction de la langue de la procédure suivie devant le tribunal de la jeunesse ou, à titre subsidiaire, du «lien familial, social, culturel ou éducatif» qu'ils entretiennent avec l'une ou

¹¹⁴ Avis du Conseil d'État n° 35.921/3 Doc. Parl. Ass. R. Comm. comm. comm., 2003-2004, B-133/1, pp. 20-21.

¹¹⁵ Ordonnance du 5 juin 2008 portant assentiment à l'accord de coopération entre la Communauté française, la Communauté flamande et la Commission communautaire commune relatif à l'aide à la jeunesse.

¹¹⁶ Art. 1^{er} de l'accord de coopération précité.

l'autre Communauté. L'inconstitutionnalité de cet accord de coopération nous semble manifeste : même si le Conseil d'État n'est pas très clair à ce sujet ¹¹⁷, il nous paraît que seule la Commission Communautaire Commune pouvait imposer de telles mesures. Dès lors qu'elle s'en décharge normativement, administrativement et financièrement ¹¹⁸ sur les Communautés, elle cède sa compétence, ce qu'elle ne peut pas faire, même par un accord de coopération ¹¹⁹, et elle crée inévitablement une forme de sous-nationalité pour déterminer les critères de renvoi vers l'une ou l'autre des Communautés.

b) *Les seniors*

Ainsi que nous l'avons vu, l'électeur bruxellois appelé à parrainer une candidature électorale se voit assigner une appartenance à l'un des deux groupes linguistiques, laquelle est déterminée par la langue utilisée sur sa carte d'identité.

Pourrait-on concevoir que le critère tiré de la langue de la carte d'identité soit utilisé hors du contexte électoral, afin de circonscrire le public des bruxellois éligibles à une prestation dans les matières communautaires ? La question s'est posée, fin août 2000, lorsqu'il fut annoncé que les seniors bruxellois pourraient obtenir un abonnement gratuit sur les lignes de transport en commun «*De Lijn*», à la condition d'exhiber une carte d'identité rédigée en langue néerlandaise ¹²⁰. Le montage juridique sous-jacent à cette offre était, en termes de répartition des compétences, assez douteux ¹²¹. Son caractère potentiellement discriminatoire fut en tous cas promptement dénoncé,

au point que les Ministres du gouvernement flamand en charge du dossier résolurent de dissiper les malentendus survenus à ce propos, et de prendre résolument distance du critère d'attribution litigieux ¹²².

3) LES «OFFRES CONJOINTES»

Avant de se faire condamner par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 23 avril 2009 ¹²³, l'article 54 de la loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce ¹²⁴ interdisait les «offres conjointes», par quoi il fallait entendre le fait de subordonner l'acquisition d'un service, d'un produit ou de tous autres avantages à l'acquisition d'un autre produit ou service, même identique.

Ainsi que nous l'avons vu, la doctrine déduit classiquement du système de répartition des compétences mis en place par les articles 127, §2 et 128, §2, de la Constitution, le droit des bruxellois d'opérer un panachage complet dans les services que les deux grandes Communautés offrent à Bruxelles. Faut-il en déduire que ces dispositions constitutionnelles et l'absence de sous-nationalité qui en résulte, feraient obstacle à ce que les deux grandes Communautés pratiquent, à Bruxelles, un système d'«offres conjointes» de services de sorte que l'appartenance communautaire choisie pour bénéficier d'un service s'impose pour pouvoir bénéficier du second service lié au premier ?

La question pourrait être posée à la lumière du décret de la Communauté flamande du 20 mars 2009 *betreffende de toelatingsvoorwaarde voor het gewoon lager onderwijs en de engagements-verklaring tussen de school en de ouders in het basis- en secundair onderwijs* ¹²⁵. En substance, et via une modification du décret *Basisonderwijs* du 25 février 2007, ce décret subordonne l'inscription d'un enfant de moins de 7 ans au sein

¹¹⁷ Cfr son avis n° 37.475/VR.V, *Doc. Parl. Ass. R. Comm. comm. comm.*, 2007-2008, n° B-112/1, pp. 10-11 : «Le jeune continue (...) à relever de la compétence de la Commission communautaire commune, quel que soit l'endroit où la mesure est exécutée. Concrètement, un jeune auquel s'appliquent les règles de la Commission communautaire commune sera soumis aux règles communautaires applicables dans l'institution où il sera placé. L'institution dans laquelle un jeune bruxellois est placé, devra de son côté tenir compte de l'ordonnance du 29 avril 2004 de la Commission communautaire commune, ainsi par exemple des articles 5 à 7 de cette ordonnance». Voy. aussi p.13 pour un autre passage non moins ambigu.

¹¹⁸ Voy. art. 4 de l'accord et la critique du Conseil d'État : même avis n° 37.475/VR.V, *Doc. Parl. Ass. R. Comm. comm. comm.*, 2007-2008, n° B-112/1, pp. 13-14.

¹¹⁹ Le Conseil d'État le rappelle dans l'avis précité, p. 10. On peut observer que l'accord précité par la sixième réforme de l'État annonce la communautarisation de nouvelles matières dans le domaine du «droit sanctionnel de la jeunesse» en précisant que la COCOM sera compétente à Bruxelles, mais qu'il ne programme pas la conclusion d'un accord de coopération (p. 37).

¹²⁰ Voy. «Gratis bus 'slechts voor' de Vlamingen», *De Morgen*, 26 août 2000.

¹²¹ Voy. X. DELGRANGE et H. DUMONT, «Bruxelles et l'hypothèse de la dédéralisation de la sécurité sociale», *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme belge au XX^e Siècle*, op. cit., pp. 254-256.

¹²² Interpellatie van de Heer Walter Vandenbossche tot de heer Bert Anciaux, Vlaams minister van cultuur Jeugd, Brusselse Aangelegenheden en ontwikkelingssamenwerking en tot de heer Steve Stevaert, minister vice-president van de Vlaamse regering, Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie, over de juridische constructie voor de invoering van het niet-betalend openbaar vervoer voor vlaamse 65-plussers in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Vl. Parl. Handelingen commissievergadering. Commissie voor openbare werken, mobiliteit en energie*, 2001-2001, 12 octobre 2000, pp. 3-7.

¹²³ C.J.U.E., C-261/07 et C-299/07, arrêt du 23 avril 2009.

¹²⁴ Aujourd'hui abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

d'une école primaire néerlandophone à la condition qu'il ait été inscrit, l'année qui a précédé, dans une école maternelle néerlandophone reconnue par la Communauté flamande, et qu'il y ait «fréquenté» effectivement les cours durant au moins 220 demi-jours. À défaut, l'inscription ne pourra être reçue que moyennant la réussite, par le candidat-élève, d'une épreuve attestant d'une connaissance suffisante de la langue néerlandaise pour entreprendre l'école primaire.

Ce dispositif, qui est d'application à Bruxelles – il fut d'ailleurs, à l'origine, imaginé pour Bruxelles mais fut finalement étendu à toute la Flandre – contrarie la possibilité de panacher les offres d'enseignement qui y sont faites par les deux grandes Communautés. Le législateur flamand en prit au demeurant explicitement conscience. Ainsi peut-on lire dans l'exposé des motifs du projet de décret que

«Deze maatregel kleurt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest enigzins anders dan het Vlaams Gewest. In Vlaanderen is het een maatregel die de deelname aan het kleuteronderwijs moet bevorderen. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft deze maatregel voor gevolg dat een combinatie van Franstalige kleuteronderwijs met Nederlandstalige lager onderwijs bemoeilijkt wordt»¹²⁶.

Faut-il estimer qu'en tant que telle, pareille pratique d'offres communautaires conjointes est, sur le territoire bruxellois, inconstitutionnelle? La question mériterait d'être discutée; le Conseil d'État, dans son avis, ne l'a cependant pas jugée telle. On peut cependant en toute hypothèse constater que de telles offres conjointes, si elles en venaient à se conjuguer les unes aux autres à large échelle, aboutiraient *de facto* à introduire une forme larvée de sous-nationalité. On croit pouvoir ici emprunter, par analogie, le raisonnement développé par J. Velaers à propos du *Gemeenschapskeuze* et de la différence censée être théoriquement la sienne par rapport à une sous-nationalité :

¹²⁵ Pour un résumé des dispositifs de ce décret, voy. J. DUJARDIN, «Toelatingsvoorwaarden lager onderwijs en engagementsverklaring tussen school en ouders in het basis- en secundair onderwijs», *T.v.W.*, 2009, p. 236. Pour une critique de la nouvelle condition d'accès à l'enseignement primaire mise en place, voy. K. LEMMENS, «Taaltest kleuters botst op juridische bezwaren», *Juristenkrant*, 2010, liv. 225.

¹²⁶ *Doc. parl.*, VI. Parl., 2008-2009, 2018, n° 1, p. 8.

«Naarmate de keuze van de Brusselaar voor de ene of de andere gemeenschap, betrekking heeft op meer regelgevingen en voorzieningen, komen we o. i. steeds dichterbij het concept «subnationaliteit». Want wat is de nationaliteit – en dus ook de subnationaliteit – anders dan de band met een staat – of deelstaat – waaraan de burger een geheel van rechten en verplichtingen ontleent?»¹²⁷.

V. UN FÉDÉRALISME AUTHENTIQUEMENT PERSONNEL SERAIT-IL INCOMPATIBLE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME?

Imaginons à présent, pour les seules fins de notre exercice, que l'on veuille abandonner la prohibition constitutionnelle des sous-nationalités. Une telle réforme serait-elle conciliable avec les exigences du droit international des droits de l'homme?

Il a récemment été soutenu, par W. Pas¹²⁸ et J. Clement¹²⁹, qu'un fédéralisme authentiquement «personnel», au sens où nous l'avons défini ci-dessus, pourrait ne pas être jugé pleinement compatible avec la protection internationale et européenne des droits de l'homme. Celle-ci n'élèverait aucune objection à l'encontre du fait que les personnes relevant de la juridiction d'un même État puissent être soumises à des statuts différenciés selon la portion du territoire où ils se trouvent – c'est la logique du fédéralisme territorial. Elle opposerait par contre des obstacles de taille à ce que le lien de rattachement entre l'individu et le statut juridique auquel il est soumis soit opéré, non en fonction du critère territorial précité, mais bien en fonction d'un critère personnel. Le système de répartition des compétences communautaires à Bruxelles, tel qu'il existe actuellement, aurait précisément ce mérite qu'en excluant

¹²⁷ «'Vlaanderen laat Brussel niet los': de vlaamse invulling van de gemeenschapsautonomie in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad», *Het Statuut van Brussel...*, *op. cit.*, p. 603.

¹²⁸ «Personal Federalism and Human Rights», *Troisième conférence internationale sur le fédéralisme. Discours, contributions et conclusions*, 2005, SPF Affaires étrangères, pp. 396-400.

¹²⁹ *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten. Het Belgisch model*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 816 et s.; «Territoriality vs Personality», *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: a Useful Pan-European Instrument?*, A. VERSTICHEL et al. (dir.), Anvers, Intersentia, 2008, pp. 66-69.

le rattachement direct et exclusif des Bruxellois eux-mêmes à l'une ou l'autre Communauté et au statut juridique par elle élaboré – seules les institutions uncommunautaires font l'objet d'un pareil rattachement –, il éviterait de s'exposer au regard suspicieux du droit des droits de l'homme. L'avancée *de lege ferenda* vers un modèle plus authentique de fédéralisme personnel, concrétisée par la création d'une sous-nationalité, ou, à tout le moins, d'un choix de sous-nationalité imposé aux Bruxellois, serait par contre, à suivre W. Pas et J. Clement, sujette à caution et source de difficultés. Un même scepticisme est au demeurant apparu, très récemment, sous la plume de J. Vande Lanotte¹³⁰.

Toute en nuances et – il faut le reconnaître – dépourvue de toute conclusion définitive et catégorique, la démonstration de W. Pas et J. Clement est nourrie par une interprétation extrapollante des arrêts *Refah Partisi c. Turquie* de la Cour européenne des droits de l'homme¹³¹. Dans le cadre de cette affaire, ladite Cour avait en effet, sans ambiguïté, déclaré incompatible avec la Convention éponyme le système «multijuridique» dont l'instauration était promue par un parti islamiste. Concrètement, il se serait agi de soumettre les personnes à des statuts juridiques institutionnellement et matériellement différenciés, en fonction de la religion qui est la leur. Selon le juge de Strasbourg¹³² :

«la Cour estime que le système multijuridique, tel que proposé par le [Refah], introduirait dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion, les catégoriserait selon leur appartenance religieuse et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux.

Selon la Cour, un tel modèle de société ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention, pour deux raisons :

¹³⁰ J. VANDE LANOTTE, *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*, mars 2011, pp. 5 à 8. Cet essai est téléchargeable sur www.diekeure.be

¹³¹ Cour eur. D.H., III^e Sect., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 31 juillet 2001 ; Cour eur. D.H., Grande Chambre, arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, 13 février 2003.

¹³² Arrêt du 13 février 2003, § 119 reprenant termes à termes l'arrêt de Chambre du 31 juillet 2001.

D'une part, il supprime le rôle de l'État en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir non pas à des règles établies par l'État dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée. Or l'État a l'obligation positive d'assurer à toute personne dépendant de sa juridiction de bénéficier pleinement, et sans pouvoir y renoncer à l'avance, des droits et libertés garantis par la Convention [...].

D'autre part, un tel système enfreindrait indéniablement le principe de non-discrimination des individus dans leur jouissance des libertés publiques, qui constitue l'un des principes fondamentaux de la démocratie. En effet, une différence de traitement entre les justiciables dans tous les domaines du droit public et privé selon leur religion ou leur conviction n'a manifestement aucune justification au regard de la Convention, et notamment au regard de son article 14, qui prohibe les discriminations. Pareille différence de traitement ne peut ménager un juste équilibre entre, d'une part, les revendications de certains groupes religieux qui souhaitent être régis par leurs propres règles et, d'autre part, l'intérêt de la société tout entière, qui doit se fonder sur la paix et sur la tolérance entre les diverses religions ou convictions [...].»

Faut-il apercevoir, entre les lignes de ces *dicta*, et singulièrement dans l'invocation par ceux-ci du principe de non-discrimination, la condamnation implicite mais néanmoins certaine, non seulement de toute forme de fédéralisme personnel «religieux», mais aussi, et plus largement, de toute forme de fédéralisme personnel, non-territorial ? Interrogé à ce sujet lors d'une conférence organisée en Belgique en mars 2005, l'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'Homme, Luzius Wildhaber, avait répondu en substance qu'il ne fallait pas tenter de lire, dans cet arrêt, ce qui n'y avait pas été écrit, ni d'essayer d'y trouver des réponses à des questions générales étrangères à l'objet du litige. On sait cependant qu'un membre d'une juridiction – en fût-il le président – n'est pas l'interprète authentique de la jurisprudence de celle-ci, et *a fortiori*, le prophète

infaillible de ses prises de positions futures. On ne peut donc s'en tenir là pour clôturer les investigations.

La difficulté est cependant qu'au-delà de quelques évidences et points de repères juridiquement assurés, on est rapidement confronté aux zones d'ombre qui contraignent le discours à emprunter le mode conditionnel et à intégrer une quantité impressionnante de «peut-être».

Première certitude assez évidente, mais qu'il convient tout de même de rappeler : le droit international et européen des droits de l'homme n'entretient pas une conception républicaine radicale du concept d'égalité qui le conduirait à s'opposer *de plano* à toute idée de statuts juridiques différenciés au sein d'un même État, et par conséquent, à l'idée même de fédéralisme, de régionalisme, ou, plus simplement encore, de décentralisation¹³³. Cette tolérance de principe pour le pluralisme juridique a été exprimée, sans ambiguïtés, par la Cour européenne des droits de l'homme, par la Cour de justice de l'Union européenne et par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies :

«Le fait qu'un État partie ayant une structure fédérale autorise des différences entre les divers éléments de la fédération [...] ne constitue pas en soi une violation de l'article 26 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques]»¹³⁴.

«Lorsque le système constitutionnel d'un État membre prévoit que des autorités régionales disposent d'une compétence législative, la seule adoption, par lesdites autorités, de normes différentes (aux fins de mise en œuvre et d'exécution d'une obligation communautaire) ne constitue pas une discrimination contraire au droit communautaire»¹³⁵.

«La possibilité qu'une région réglemente certaines matières de manière différente par

rapport à d'autres régions ou à l'administration centrale est une conséquence inévitable de l'autonomie législative reconnue aux régions. Elle ne saurait, en tant que telle, être constitutive d'une violation de l'article 14 de la Convention [européenne des droits de l'Homme]»¹³⁶.

Deuxième certitude. Ainsi que le laissent apercevoir les *dicta* précités de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, le droit international et européen ne fait pas obstacle à ce que la différenciation des statuts juridiques s'opère en fonction d'un critère territorial, quand bien même serait-il avéré que le statut applicable sur un territoire infra-étatique déterminé serait plus favorable que le statut applicable sur un autre territoire infra-étatique.

Jugé ainsi, dans un arrêt *Magee c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000 :

«l'article 14 de la Convention protège contre le traitement discriminatoire de personnes placées dans des situations analogues en matière d'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention et ses Protocoles. [La Cour] observe à cet égard que dans certains domaines les différents territoires composant le Royaume-Uni ne partagent pas toujours la même conception de la législation. Le point de savoir si une personne peut ou non revendiquer un droit découlant de la législation peut par conséquent dépendre de la portée géographique de la législation en question et du lieu où se trouve l'intéressé au moment des faits. Pour autant que les suspects détenus soient traités différemment, en ce qui concerne les questions évoquées par le requérant, selon qu'ils relèvent de l'ordonnance de 1988 ou de la législation de l'Angleterre et du pays de Galles, cette distinction ne s'explique pas par des caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale, mais par la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu. Ainsi la législation peut-elle tenir compte de différences et de caractéristiques régionales de nature ob-

¹³³ Voy. F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, «*E pluribus unum ? Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'Homme*», *Itinéraires d'un constitutionnaliste. Mélanges offerts à F. Delpérée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 1517 et s.

¹³⁴ CCPR, C n° 790/1997, *Constatations Cheban c. Fédération de Russie* du 31 juillet 2001, CCPR/C/72/D/790/1997. Dans un sens identique, voy CCPR, C. n° 1087/2002, *Décision Hesse c. Australie* du 30 juillet 2002, CCPR/C/75/D/1087/2002. Le Comité retient des principes similaires à propos des différences de traitement qui pourraient résulter d'un simple processus de décentralisation : voy. CCPR, C n° 299/1988, *Constatations Lindgren c. Suède* du 7 décembre 1990, CCPR/C/40/D/299/1988.

¹³⁵ C.J.C.E., C-428/07, 16 juillet 2009, *Horvath*, pt. 58.

¹³⁶ Cour eur. D.H., req. n° 13148/04, *décision Siveri et Chiellini c. Italie*, 3 juin 2008.

jective et raisonnable. En l'espèce, cette distinction ne constitue pas un traitement discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention» (§ 50).

Le droit international et européen n'oppose, en d'autres termes, aucun obstacle à la mise en place d'un fédéralisme territorial¹³⁷, sous réserve de quelques notes circonspectes émises par le Comité des droits de l'enfant¹³⁸ et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. L'un et l'autre organes semblent en effet exiger que le processus de fédéralisation s'accompagne, dans le chef de la fédération, de la rétention de pouvoirs nécessaires aux fins d'assurer, sur l'ensemble du territoire national, une certaine redistribution équitable des richesses¹³⁹.

Troisième certitude. Le droit international et européen des droits de l'homme s'oppose catégoriquement à ce qu'un individu se voit impérativement soumis à un statut juridique plus ou moins favorable en raison de caractéristiques

qui lui sont inhérentes et sur lesquelles il n'a pas prise. Dans cette perspective, une différenciation de statut qui serait uniquement fonction du sexe, de la race ou de l'origine ethnique des personnes concernées serait *de plano* inadmissible¹⁴⁰. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est, à cet égard, dépourvue d'ambiguïté : « dans la société démocratique actuelle basée sur les principes du pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne saurait être objectivement justifiée »¹⁴¹. Selon la même Cour, la renonciation au bénéfice de l'interdiction de la discrimination pareillement concrétisée, est de nul effet¹⁴². La circonstance que l'appartenance raciale ou ethnique d'un individu serait la pure résultante d'une « autoclassification » de sa part – ce qui implique qu'il aurait le droit de la « choisir » de manière purement discrétionnaire, sans qu'elle ne doive être corroborée par quelque facteur objectif ou subordonnée à une acceptation du « groupe » – n'y change rien : ainsi que le montre l'arrêt *Sejdic et Finci*¹⁴³, le traitement défavorable encouru en conséquence d'une telle autoclassification est jugé non moins discriminatoire que celui qui résulte d'une catégorisation « imposée ». Le droit de l'Union européenne aboutit, pour sa part, à des résultats identiques. Selon le prescrit de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁴⁴, nulle justification n'est admise pour

¹³⁷ Tout au plus le droit de l'Union européenne peut-il, dans certains cas, contrarier le système constitutionnel national gouvernant les modalités d'exercice, par chacune des collectivités fédérées, de leurs compétences respectives. Voy. par exemple, à propos d'un affrontement entre les impératifs de la libre circulation des travailleurs et les limites *ratione loci* des compétences des Communautés en Belgique, la « saga » du *zorgverzekering*. Pour l'analyse de cette « saga » sous cet angle particulier, voy. e. a. H. VERSCHUEREN, « Europese krijtlijnen voor een sociaal federalisme », in *De gelaagde welvaartsstaat. Naar een Vlaamse sociale bescherming in België en Europa ?*, B. CANTILLON, P. POPELIER et N. MUSSCHE (dir.), Anvers, Intersentia, 2010, pp. 227 et s.

¹³⁸ « [...] L'État qui a ratifié la Convention ou y a adhéré est tenu, en toutes circonstances, de veiller à ce qu'elle soit pleinement appliquée dans les territoires relevant de sa juridiction. Lors de tout transfert de pouvoir, l'État partie doit s'assurer que les autorités concernées disposent des ressources financières, humaines et autres nécessaires pour s'acquitter effectivement des tâches que nécessite l'application de la Convention. Les gouvernements des États parties doivent conserver des moyens d'action pour faire pleinement appliquer la Convention par les administrations ou autorités locales concernées et créer des mécanismes de surveillance permanents chargés de veiller au respect de l'application de la Convention pour tous les enfants relevant de la juridiction de l'État partie, sans discrimination. En outre, des dispositions doivent être prises pour garantir que la décentralisation ou le transfert de pouvoirs ne sera pas source de discrimination pour les enfants, en ce qui concerne la jouissance de leurs droits dans les différentes régions » (CRC, observation générale n° 5 (3 octobre 2003), *Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant* (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5).

¹³⁹ Ainsi le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a-t-il estimé que l'État fédéral canadien devait continuer à faire usage de son *spending power* aux fins d'assurer, aux habitants de chacune des provinces, l'effectivité des droits garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voy. CESC, observations finales sur les quatrième et cinquième rapports périodiques canadiens (22 mai 2006), E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5, pt. 52 : « The Committee recommends that the State party undertake a detailed assessment of the impact of the reduction of federal transfers for social assistance and social services to provinces and territories, on the standard of living of people depending on social welfare, in particular women, children, older persons, persons with disabilities, Aboriginal people, African Canadians and members of other minorities. The Committee strongly recommends that the State party reconsider all retrogressive measures adopted in 1995 ».

¹⁴⁰ Voy., assez nettement, l'extrait de l'arrêt *Magee c. Royaume-Uni* cité ci-dessus.

¹⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, § 176.

¹⁴² *Ibid.*, § § 202-204.

¹⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* 22 décembre 2009. En l'occurrence, les deux requérants, s'identifiant eux-mêmes comme « rom » et « juif », dénonçaient le fait que le droit d'être élu à la chambre des peuples et à la présidence de l'État défendeur était réservé aux seules personnes appartenant aux trois « peuples constituants » : les Serbes, les Bosniaques et les Croates. L'appartenance à l'un de ces trois peuples résultait d'une pure « autoclassification » des individus concernés (voy. le § 11 de l'arrêt et l'opinion séparée y jointe par les juges Mijovic et Hajiyeve, pt. III). La Cour n'en conclut pas moins à la violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 3 du premier protocole additionnel, ainsi qu'à la violation de l'article 1^{er} du 12^{ème} protocole additionnel.

¹⁴⁴ J.O., L 180, 19 juillet 2000.

les différences de traitements fondées directement sur la race ou l'origine ethnique des individus, et ce, dans les domaines de la sécurité sociale, de la protection sociale, des soins de santé, de l'éducation ou des «avantages sociaux». Les interdictions pareillement comminées par le droit européen – celui de la grande Europe et celui de la petite Europe – pourraient donc être utilement mobilisées à l'encontre de la mesure qui, à Bruxelles, irait jusqu'à *imposer* aux individus une sous-nationalité déterminée et les catégoriserait ainsi contre leur gré aux fins de les soumettre à un statut juridique plus ou moins favorable.

Faut-il alors conclure, *a contrario*, que la sujétion individuelle à un statut plus ou moins favorable est exempte de tout reproche de discrimination lorsqu'elle procède d'un *acte volontaire* de la part des individus concernées? La question est assurément difficile.

D'un côté en effet, on serait tenté d'exclure l'existence d'une discrimination lorsqu'une personne se voit offrir la possibilité d'un traitement favorable ou d'un traitement défavorable, et choisit délibérément de faire l'objet du traitement moins favorable¹⁴⁵. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comprend quelques indications en ce sens. Dans une affaire *Carson et autre c. Royaume-Uni*, la quatrième section de Cour jugea compatible avec l'article 14 de la Convention une mesure de différenciation dans l'indexation d'une pension de retraite, fondée sur le lieu de résidence du bénéficiaire de ladite pension. À l'appui de cette conclusion, la Cour fit notamment valoir que :

«S'il convient d'accorder un certain poids à la thèse des intéressés reprise par Age Concern, selon laquelle divers facteurs président au choix d'une personne âgée de s'expatrier, notamment le désir de se rapprocher des membres de sa famille, il n'en demeure pas moins que ce choix relève d'une convenance personnelle. En conséquence, la Cour estime, à l'instar du Gouvernement et des juridictions internes, que le niveau de la protection accordée aux individus contre des différences de traitement fondées sur ce critère n'a pas à

être aussi élevé que celui dont ils bénéficient lorsque la distinction repose sur une caractéristique qui leur est propre, telle que le sexe, la race ou l'origine ethnique»¹⁴⁶.

Le choix individuel serait-il *de plano* élusif de toute discrimination? Les choses ne sont pas si simples.

Une difficulté se pose en effet lorsque la soumission au «statut défavorable» procède, non tant du consentement libre et éclairé de la personne, mais bien, à titre de résultante indirecte et non désirée, de l'exercice par celle-ci d'un droit fondamental. Un consentement ne peut en effet être réputé parfaitement «libre», et élusif de toute forme de discrimination, lorsque celui qui le pose se trouve face à un dilemme : soit exercer un droit ou une liberté fondamentale garanti à son bénéficiaire, soit être soumise au traitement juridique le plus favorable.

L'arrêt *Sejdic et Finci*, ci-avant analysé, participe incontestablement d'une telle optique «réaliste»¹⁴⁷. L'arrêt *Refah* doit également être relu dans cette perspective : la liberté de religion, garantie par l'article 9, perd toute effectivité lorsqu'à son exercice sont attachées des conséquences juridiques préjudiciables, sous la forme d'une soumission obligatoire à un statut juridique moins favorable.

L'enseignement de cet arrêt ne peut cependant être extrapolé jusqu'à affirmer l'impossibilité d'attacher la moindre conséquence défavorable, sous forme de l'imposition d'un statut juridique moins avantageux, à l'exercice d'une *quelconque liberté*. Raisonner de la sorte aboutirait rien moins qu'à condamner le fédéralisme territorial. Faut-il en effet le rappeler : le droit international consacre le droit pour toute personne d'établir librement sa résidence en tous lieux du territoire de l'État où il réside régulièrement.

La frontière entre l'admissible et l'inadmissible est donc particulièrement floue, et ne peut donc être tracée de manière abstraite : tout sera fonction de la nature de la liberté en jeu, de l'ampleur du sacrifice

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., IV^{ème} Sect., arrêt du 4 novembre 2008, §80. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle l'affaire fut renvoyée (article 43), conclut elle aussi à l'absence de violation de l'article 14 (arrêt du 16 mars 2010). Les motifs furent distincts, mais non contradictoires avec ceux contenus dans l'arrêt de Chambre.

¹⁴⁷ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Munoz Diaz c. Espagne* 8 décembre 2009, §70 : «L'interdiction de discrimination consacrée par l'article 14 de la Convention n'a de sens que si, dans chaque cas particulier, la situation personnelle du requérant par rapport aux critères énumérés dans cette disposition est prise en compte telle quelle. Une approche contraire, consistant à débouter la victime au motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – (...) – viderait l'article 14 de sa substance»

qui sera imposé à celui qui serait amené à y renoncer pour ne pas subir un traitement moins avantageux, et de la pression indirecte qui s'exerce sur lui pour qu'il opère un tel renoncement. Plus la différence entre le traitement avantageux et le traitement désavantageux sera accentuée, plus la pression sera forte, et moins la renonciation apparaîtra comme authentiquement «libre»¹⁴⁸.

Qu'en est-il du cas bruxellois ? À supposer que deux sous-nationalités y soient introduites – l'une «flamande», et l'autre «francophone» –, le choix en faveur de l'une d'entre elles ressortirait minimalement du droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention européenne, de celui qui le pose. Cette sous-nationalité serait en effet l'expression d'une appartenance culturelle¹⁴⁹; or, le droit au respect de la vie privée emporte notamment un droit au libre épanouissement culturel qui, dans ses confins ultimes, protège le droit pour un individu de préserver et de voir protéger ce qui fait son identité culturelle au sens large¹⁵⁰. Plus fondamentalement, le droit au respect de la vie privée emporte le droit de ne pas rendre publique son identité culturelle. À supposer que le statut juridique offert par l'une des sous-nationalités en présence soit nettement plus favorable que le statut offert par l'autre sous-nationalité – tel serait nécessairement le cas dans l'hypothèse d'une différence importante entre les ressources respectives des Communautés entre lesquelles le choix d'appartenance est offert –, s'exercera une importante pression indirecte en faveur de l'abandon de son identité culturelle. À ce point forte qu'elle en deviendrait

condamnable au regard du droit international des droits de l'homme ? Celui-ci n'offre pas de précédents permettant de trancher, de manière assurée, la question.

On peut cependant, sans trop s'avancer, affirmer qu'un tel système s'assurerait mieux de sa compatibilité avec le droit international des droits de l'homme en offrant aux individus ne désirant pas faire élection d'une sous-nationalité, le droit de se placer sous un statut juridique «tiers», et de n'exprimer de la sorte aucune appartenance communautaire/culturelle particulière. La disponibilité d'un tel statut juridique tiers semblerait particulièrement impérieuse pour les bruxellois *a priori* étrangers au clivage linguistique belge classique ou, encore, inclassables dans celui-ci : les ressortissants étrangers UE ou non UE, et les membres de familles «mixtes». C'est sans doute sur ce point précis que diverses propositions formulées avant la conclusion de l'accord institutionnel pour la sixième réforme de l'État du 11 octobre 2011 pour organiser, dans le cadre bruxellois, la communautarisation de certains pans de la sécurité sociale, encourageaient le scepticisme au moins sur le plan juridique. Que ce soit en effet dans les résolutions du *Vlaamse Raad* de mars 1999 ou dans le projet «*Sociale Zekerheid 2002*», le choix offert aux Bruxellois se limitait à un rattachement à la Communauté flamande ou à la Communauté française, via l'affiliation aux institutions rattachées à l'une ou l'autre : l'offre d'un statut tiers, assuré par la Commission communautaire commune et ses institutions, disparaissait. Il n'en allait pas différemment dans le *gemeenschapskeuze* mis en avant par le *Boetfortgroep* (mars 2003).

CONCLUSIONS

Nous avons rappelé que c'est le Constituant lui-même qui a interdit, dès 1970 et plus clairement encore en 1980, l'instauration d'une quelconque sous-nationalité à Bruxelles. Il a expressément motivé cette décision par le souci d'écarter toute forme d'*apartheid* dans la capitale de notre État.

Nous n'avons pas caché les inconvénients pratiques engendrés par cette interdiction constitu-

¹⁴⁸ Voy. les arrêts *Deweert c. Belgique* (27 février 1980) et *Sörensen et Rassmussen* (11 janvier 2006) de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁴⁹ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de «vie privée» visée à l'article 8 de la Convention est suffisamment large pour inclure toute une série d'«appartenances» caractérisant un individu. Voy. en ce sens, Cour eur. D.H., arrêt *Ciubotaru c. Moldova* du 27 avril 2010, § 49 : «The Court reiterates that the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. The notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of the guarantees provided for by Article 8. Under this principle protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings [...]. The Court has held that gender identification, name and sexual orientation and sexual life were details pertaining to an individual's identity falling within the personal sphere protected by Article 8 [...]. In a more recent judgment, in the case of *S. and Marper v. the United Kingdom* [...], the Court further held that ethnic identity was also a detail pertaining to the individual's identity falling within the ambit of Article 8».

¹⁵⁰ Voy. Cour eur. D.H., req. n° 46346/99, décision *Gunther Noack et autres c. Allemagne*, 25 mai 2000.

tionnelle ni les tentations de la transgresser dans plusieurs dossiers délicats. Nous pensons néanmoins que les avantages qu'elle procure demeurent décisifs. Certes, le système est complexe mais il préserve la liberté des personnes à Bruxelles. Elles peuvent choisir leur appartenance et leur législation communautaires par le biais des institutions auxquelles elles décident de faire appel de manière libre, non exclusive et réversible.

Nul n'ignore que, depuis 1980, la composition de la population bruxelloise s'est de plus en plus diversifiée et internationalisée. Même si la *lingua franca* à Bruxelles est massivement le français¹⁵¹, pour un nombre croissant de Bruxellois, il serait excessivement contraignant et en tout cas très artificiel d'avoir à opter entre une sous-nationalité francophone et une sous-nationalité flamande. Le choix du Constituant des années 1970-1980 est donc plus pertinent que jamais.

Plus positivement, redisons encore que, pour tous les Bruxellois, quelle que soit leur origine, la faculté de faire du *zapping* communautaire est une occasion d'ouverture à l'autre qui a tout son prix en cette période tentée par les replis communautaires.

On l'a dit aussi : l'interdiction des sous-nationalités dissuade les deux Communautés, ou la plus riche des deux, de faire de la surenchère en tentant d'attirer à elles un maximum de «ressortissants» par une offre de services plus généreuse.

Enfin, nous venons de montrer que le droit européen et international des droits de l'homme pourrait opposer des objections à un système qui mettrait de nombreux Bruxellois face au dilemme suivant : soit exercer leur droit de se rattacher à la sous-nationalité dont ils se sentent les plus proches, soit renoncer à ce droit pour pouvoir bénéficier d'un traitement juridique plus favorable en se rattachant à l'autre sous-nationalité en concurrence.

¹⁵¹ Cons. R. JANSSENS, «L'usage des langues à Bruxelles et la place du néerlandais. Quelques constatations récentes», in *Brussels Studies*, n° 13, 7 janvier 2008, p. 4.

Il n'en demeure pas moins que les inconvénients découlant de la prohibition actuelle des sous-nationalités, inconvénients que nous avons longuement développés, ne peuvent rester sans réponse. Ils appellent des remèdes. Ceux-ci justifieraient toutefois un autre exposé : un exposé sur les réformes institutionnelles à venir, et en particulier sur le nouvel équilibre qu'il conviendrait de bâtir entre les appartenances communautaires et les appartenances régionales, donc entre la Belgique à deux et la Belgique à trois. Sur ce terrain qui dépasse largement les limites de la présente contribution, nous ne pouvons que renvoyer le lecteur à d'autres études et à suivre l'actualité ...¹⁵².

Qu'il nous soit seulement permis de citer, pour clore notre propos, l'ancien Premier Ministre Jean-Luc Dehaene : «L'accord du Lambermont de 2000-2001 a posé l'amorce (timide) de la troisième phase du système de financement, devant permettre, à long terme, d'augmenter fortement la proportion des moyens provenant d'une véritable fiscalité propre. Par contre, Lambermont a mis à jour le choix douloureux auquel les Flamands seront confrontés. Car une fiscalité propre ne peut être que régionale. C'est pourquoi les redevances radio et télévision ont été rendues régionales et non plus communautaires, sans quoi elles ne pourraient être transférées comme fiscalité propre. Si les Flamands persistent dans leur souhait de voir responsabiliser la fiscalité, ils favoriseront la mise en place d'une structure à trois, aussi paradoxal que cela paraisse. De même cette question refera surface si, un jour, il s'agissait de décentraliser certains pans de la sécurité sociale»¹⁵³.

¹⁵² Voy. not. H. DUMONT, «L'avenir institutionnel de Bruxelles. Discussions à partir du 'Manifeste bruxellois'. Synthèse et conclusions», in *Brussels Studies*, www.brusselsstudies.be, n° 19, 16 juin 2008, pp. 19-29; «Le fédéralisme multinational belge se prête-t-il à une mutation confédérale? Les onze leçons d'un fédéralisme immature», à paraître dans les actes du colloque organisé par le CRIDAQ sous le titre «Le fédéralisme multinational en perspective : un modèle viable?», du 25 au 27 septembre 2009 à Montréal. Voy. ég., et précisément en lien avec la question des limites de *jure* que le droit européen et international des droits de l'homme opposerait à l'approfondissement des compétences des deux grandes Communautés à Bruxelles, J. VANDE LANOTTE, *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*, op. cit.

¹⁵³ J.-L. DEHAENE, préface au livre de G. PAGANO, *Le financement des régions et des communautés 1970-2002*, Bruxelles, CRISP, 2002, pp. 9-10.

Cela ne veut nullement dire que les Communautés sont nécessairement condamnées à disparaître, mais seulement qu'elles sont peut-être destinées à se réduire ¹⁵⁴ autour des seules compétences culturelles et éducatives, les autres compétences fédérées et les prochaines dévolutions de compétences devant échoir aux trois Régions.

¹⁵⁴ Voy. aussi J. VANDE LANOTTE, *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*, op. cit., p. 8 : « Voor mij is de conclusie duidelijk. Voor bevoegdheden zoals onderwijs, cultuur en welzijn is en blijft het onderscheid tussen gemeenschappen en gewesten aanvaardbaar en werkbaar. Het zijn bevoegdheden die sterk met de culturele aanhorigheid van een bevolking verbonden zijn. Voor de nieuwe bevoegdheden (sociale rechten) die de gemeenschappen vandaag opeisen, is dat niet meer het geval. Om die bevoegdheden daadwerkelijk te defederaliseren, dringt zich een nieuw instrumentarium en een ander model van staatsstructuur op. We staan dus voor de keuze : ofwel behouden we die sociale rechten op het federale niveau, ofwel hevelen we ze over naar de regio's binnen een te wijzigen architectuur. Een overheveling binnen de bestaande structuur en volgens de oude methode is in elk geval achterhaald.

Als de vlaamse beweging haar sociaaleconomische ambities wil waarmaken, is het bestaande juridische paradigma niet langer adequaat. Het verhindert zelfs een reële verdieping van de staatshervorming. Een nieuwe staatsstructuur dringt zich op : een structuur die niet langer zal gebaseerd zijn op gemeenschappen en gewesten, maar op deelstaten. Behalve Vlaanderen en Wallonië zullen ook Brussel en de duitstalige regio het statuut van deelstaat moeten krijgen. Die vier deelstaten moeten niet identiek worden behandeld. Asymmetrie is mogelijk. De bevoegdheid van Vlaanderen in Brussel inzake cultuur, onderwijs en de nederlandstalige welzijnsinstellingen staat niet ter discussie ».

L'accord institutionnel pour la sixième réforme de l'État a été conclu le 11 octobre 2011, bien après la rédaction de cette étude. Aussi, nous n'avons pu y faire que de brèves allusions. Mais on peut déjà observer qu'il confirme notre prédiction. En effet, par les transferts de compétence qu'il prévoit, cet accord devrait conduire à un renforcement du modèle régional, donc de la Belgique à trois, du moins si l'on veut bien admettre que les différences entre la COCOM et la Région bruxelloise sont tenues. Mais on ne peut absolument pas dire qu'il condamne le modèle communautaire de la Belgique à deux. En réalité, l'accord constitue un compromis de plus entre les deux modèles concurrents et, fait majeur pour notre propos, ce compromis demeure fermement attaché au principe de l'interdiction des sous-nationalités. L'on ne peut que s'en réjouir, même si bien des problèmes restent en suspens. On s'en rendra rapidement compte dès que les autorités compétentes s'attèleront à sa traduction juridique et à sa mise en œuvre pratique.