

Que reste-t-il de la liberté d'enseignement ?¹

Mathias El Berhoumi

Chercheur aux Facultés universitaires Saint-Louis

1. Depuis 1831, la Constitution consacre la liberté d'enseignement. Celle-ci constitue la pierre angulaire sur laquelle notre système d'enseignement s'est progressivement construit. Cette liberté se décline en trois dimensions en fonction des destinataires auxquels elle s'adresse. *Primo*, lorsque ses destinataires sont les pouvoirs organisateurs, elle comprend la liberté d'ouvrir une école, de la maintenir et de déterminer son projet philosophique et religieux ainsi que ses méthodes pédagogiques. Elle implique une liberté de choix du personnel et de ses missions pour concrétiser sa tendance philosophique et pédagogique ainsi qu'un pouvoir de décision dans l'organisation de l'établissement. *Secundo*, lorsqu'elle s'adresse aux parents, elle garantit le libre choix de l'école en interdisant que ce choix puisse être influencé par des considérations d'ordre financières. *Tertio*, bien que cette dimension soit plus marginale, la liberté d'enseignement postule une liberté académique, c'est-à-dire une liberté qui recouvre notamment le choix des thèmes de réflexion, du contenu de l'enseignement, des méthodes pédagogiques et des orientations philosophiques et politiques.

Ce triptyque traditionnel résulte des deux premiers alinéas de l'article 24, §1^r, de la Constitution.

2. Une autre disposition me semble pertinente pour mettre en lumière les évolutions du droit de l'enseignement : l'article 24, §5, selon lequel « l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret ».

Les trois notions de cette disposition désignent autant de degrés d'intensité dans le rapport qu'entretiennent la communauté et les pouvoirs organisateurs². Le premier lien, l'organisation, est de nature fusionnelle, puisque la communauté est elle-même un pouvoir organisateur. Dans ce cas, il

¹ Le présent texte est pour l'essentiel une synthèse de mes recherches sur le thème. Voy. M. EL BERHOUMI, La liberté d'enseignement à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – Chronique de jurisprudence 1999 – 2008, Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, 103 p. ; X. DELGRANGE ET M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

² Voy. X. Delgrange et C. Nikis, "L'exigence de légalité en matière d'enseignement : la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'Etat relative à l'article 24, §5, de la Constitution", A.P.T., 2000, p. 214.
Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

revient évidemment au législateur communautaire d'organiser l'enseignement de la communauté. Le deuxième lien est de nature économique, la communauté subventionnant des établissements d'enseignement qui ne relèvent pas directement d'elle. Le troisième lien est de nature pédagogique, la communauté reconnaissant des pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas d'elle et qu'elle ne subventionne pas. Enfin, il existe des établissements d'enseignement totalement indépendants des communautés, auxquels celles-ci ne peuvent imposer aucune condition de fonctionnement.

Sur base de ces dispositions, deux réseaux se sont progressivement construits à côté de celui rassemblant les établissements directement organisés par la Communauté. Il s'agit de l'officiel subventionné englobant les établissements organisés par les communes, provinces et, à Bruxelles, la Commission communautaire française et du libre subventionné regroupant les établissements organisés par l'initiative privée s'inscrivant dans une visée confessionnelle ou non confessionnelle.

3. Dans ce qui suivra, nous parlerons de la confrontation entre ces dispositions constitutionnelles et les nombreuses normes adoptées par la Communauté française depuis le milieu des années 90. En vue de faire progresser l'égalité entre les élèves, le législateur a bouleversé le régime juridique que nous venons d'esquisser. Loin de censurer ces évolutions, la Cour constitutionnelle y a apporté sa bénédiction. Dans une jurisprudence parfois audacieuse, la Cour a ainsi fait évoluer l'interprétation du prescrit constitutionnel. D'une part, la Cour a admis un grand nombre de restrictions à la liberté d'enseignement. D'autre part, elle a autorisé plusieurs infléchissements le régime de contrôle prévu par l'article 24, § 5.

A. La liberté d'organisation des établissements

4. Chaque fois qu'une violation de la liberté d'enseignement est alléguée, la Cour constitutionnelle résume ainsi le régime de liberté subsidiée qui a été progressivement érigée en Belgique : « La liberté d'enseignement [...] suppose, si on entend qu'elle ne reste pas purement théorique, que les pouvoirs organisateurs qui ne relèvent pas directement de la Communauté puissent, sous certaines conditions, prétendre à des subventions à charge de celle-ci. Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, du respect de normes de population scolaire et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la Communauté. La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur décréte impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté, pour autant qu'il n'y soit pas porté d'atteinte essentielle »³. En d'autres termes, il est reconnu aux personnes privées le droit de demander des subventions à la Communauté et, corrélativement, à la Communauté d'établir des conditions et un contrôle en contrepartie du subventionnement accordé. Toute ingérence dans la liberté d'enseignement des établissements libres ne viole donc pas en soi l'article 24 de la

³ Voy. par exemple l'arrêt 110/2007 du 26 juillet 2007, B.7.1.
Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

Constitution. Seule l'ingérence qui porte une atteinte essentielle à la liberté d'enseignement est interdite. Toutefois, comme nous le verrons, la Cour constitutionnelle interprète de manière très souple ce qu'il y a lieu d'entendre par atteinte essentielle.

5. Ceci se vérifie notamment dans quatre aspects qui se déduisent de la liberté d'organisation des établissements à savoir le droit d'ouvrir une école et de recevoir des subventions (a), la liberté pédagogique (b), la liberté en matière de politique de personnel (c) et l'autonomie de gestion (d).

a) Ouvrir une école et recevoir des subventions

6. Depuis la loi du 11 juillet 1973, la liberté d'ouvrir une école est subordonnée au respect de plans de rationalisation et de programmation. Les contraintes budgétaires de la Communauté ont pour conséquence que cette liberté soit désormais conditionnée par la fréquentation d'un nombre minimal d'élèves. La Cour a largement admis ces éléments tout en ménageant une forme de droit à la dérogation aux normes générales de rationalisation et de programmation. Ce droit vise à garantir la liberté « de créer des écoles dont la spécificité réside dans certaines conceptions d'ordre pédagogique ou éducatif »⁴.

7. La liberté d'enseignement, lorsqu'elle s'adresse aux établissements relevant du réseau libre subventionné, doit être lue en combinaison avec l'article 27 de la Constitution qui garantit la liberté d'association. La Cour constitutionnelle : « la liberté d'enseignement active, garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, peut être exercée de manière individuelle ou collective. La complexité croissante de l'organisation de l'enseignement a cependant pour effet que la liberté d'enseignement active est presque exclusivement exercée de manière collective, en recourant à la liberté d'association »⁵. Néanmoins, la Cour constitutionnelle ne donne pas vraiment de consistance à cette liberté. Contrairement notamment au Conseil d'État qui, de manière constante, estime « qu'il ne peut être admis, au regard du principe de la liberté d'association, que, fût-ce sous le couvert de conditions d'agrément ou d'octroi de subventions, l'autorité publique en vienne à fixer des règles affectant profondément l'existence, l'organisation et le fonctionnement d'associations de droit privé ou à imposer aux activités de ces associations des contraintes telles que celles-ci, parce qu'elles n'auraient d'autre choix que de devenir de simples exécutantes de la politique décidée par l'autorité, seraient dénaturées dans leur essence même »⁶.

⁴ Cour constitutionnelle, arrêt 14/2000 du 12 février 2000, B.3.1.

⁵ Cour constitutionnelle, arrêt 48/2005 du 1^{er} mars 2005, B.7.

⁶ Voy. not. Doc. P.C.F., 1996-1997, n°127, avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 25.290/9 du 25 septembre 1996, p. 16, Doc. Parl. Sénat, 2000-2001, n°12/5, avis de la section de législation du Conseil d'Etat n°30.462/2, p. 10 et 11, Doc., P.R.W., 2002-2003, n°523/1, avis de la section de législation du Conseil d'Etat n°34.403/2, p.48.

8. La Cour constitutionnelle ne semble pas tirer de conséquence de cette combinaison entre liberté d'enseignement et liberté d'association. Ainsi, a-t-elle admis que le législateur flamand impose comme condition pour dispenser certaines formations l'intégration à associations⁷.

9. Le droit au subventionnement signifie-t-il que les établissements doivent être traités sur un pied d'égalité en matière de financement ? Dans l'enseignement obligatoire, le législateur décretaal a fait le choix de répondre négativement à cette question. Ainsi, suite au décret de la Saint-Boniface, les subventions de fonctionnement de l'enseignement subventionné doivent atteindre 75 % de la dotation allouée à l'enseignement de la Communauté. Dès 1992, la Cour constitutionnelle a admis la validité d'un financement inégal entre les réseaux. Elle invoquait alors trois différences objectives : la Communauté a le devoir d'assurer, en permanence et sur l'ensemble du territoire, une offre suffisamment large ; l'enseignement communautaire ne dispose pas de pouvoir de sélection des candidats-élèves ; et seuls les établissements organisés par les pouvoirs publics sont tenus d'offrir le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et de la morale non confessionnelle⁸. Les deux premières différences appartiennent au passé. D'une part, l'expansion du réseau de la Communauté a été sacrifiée sur l'autel des plans de rationalisation et de programmation. D'autre part, comme nous le verrons, le droit à l'inscription, et la procédure mise en place pour assurer une certaine égalité dans l'exercice de ce droit, ont été proclamés au détriment du pouvoir de sélection des élèves. Certes les établissements officiels doivent toujours, à l'inverse des établissements libres, offrir la possibilité d'un choix entre les cours philosophiques. Il apparaît néanmoins douteux que cet aspect puisse justifier à lui seul une telle inégalité de financement⁹.

b) Déterminer le contenu et les méthodes pédagogiques

10. La liberté des méthodes pédagogiques est reconnue non seulement aux établissements libres, mais également aux établissements officiels organisés par d'autres personnes publiques que la Communauté française. Les travaux préparatoires de la révision de l'article 24 de la Constitution en 1988 le rappellent explicitement. Cette conception perdure également. Ainsi, étendant l'exigence de neutralité à l'enseignement officiel subventionné, le législateur a veillé, en adaptant la définition de la neutralité applicable aux établissements de la Communauté française, à en omettre toute notion qui pourrait être interprétée comme empiétant sur la liberté des méthodes pédagogiques reconnue aux établissements officiels subventionnés¹⁰.

11. C'est donc à ces différents établissements que s'applique toujours le célèbre article 6 de la loi du Pacte scolaire : « À condition de respecter un programme et un horaire minimum légalement fixés, chaque pouvoir organisateur jouit pour son réseau d'enseignement, et même pour chaque

⁷ Cour constitutionnelle, arrêt 44/2005 du 23 février 2005.

⁸ Cour constitutionnelle, arrêts n°27/92 du 2 avril 1992, 4.B.2. ; 23/95 du 2 mars 1995, B.3.2.

⁹ X. Delgrange, « Le financement de l'enseignement et l'égalité entre les réseaux », A.P.T., 2002, pp. 307 - 309.

¹⁰ X Delgrange, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française », A.P.T., 2007/08, pp. 119-160.

institution d'enseignement, de la liberté d'aménager ses horaires, et sous réserve d'approbation ministérielle, en vue d'assurer le niveau des études, d'élaborer ses programmes. Chaque pouvoir organisateur est libre en matière de méthodes pédagogiques ». Cet article est largement dépassé par les diverses réformes pédagogiques adoptées depuis lors par les communautés.

12. La plus célèbre de ces réformes, l'instauration des socles de compétence, a été attaquée devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci a estimé que les socles sont « à ce point vastes et détaillés qu'ils ne peuvent raisonnablement être considérés comme des objectifs minimaux, de sorte que ces objectifs ne laissent pas suffisamment de latitude pour pouvoir réaliser les objectifs d'un projet pédagogique propre. Il est ainsi porté atteinte à la liberté d'enseignement »¹¹. Néanmoins, au lieu de rejeter en bloc ces dispositions, remède adapté à la sévérité du diagnostic, la Cour ne prescrit qu'un remède homéopathique : le législateur doit organiser une procédure de dérogation limitée aux pouvoirs organisateurs dispensant un enseignement qui s'inspire de conceptions pédagogiques particulières. C'est ce qu'a fait le législateur francophone. À ce stade, seul un pouvoir organisateur qui se revendique de la pédagogie Steiner, a fait appel au mécanisme de dérogation. Il faut ajouter que paradoxalement aucune dérogation n'est prévue pour les compétences terminales, les savoirs communs, les savoirs requis et les compétences minimales.

Enfin, ces dérogations ne valent qu'à l'égard des pédagogies dont le coût est inférieur ou égal à la pédagogie classique. En effet, la Cour estime que l'obligation de subventionnement « n'a pas une portée telle que la Communauté devrait supporter les frais supplémentaires résultant du choix d'une méthode pédagogique qui, par comparaison avec les méthodes habituelles, entraîne un surcroît de dépenses »¹².

13. Se prononçant sur la dernière réforme de la formation initiale des enseignants, la Cour a fait preuve d'une tolérance encore plus importante envers les atteintes à la liberté pédagogique. Elle change en effet complètement de perspective, n'exigeant plus du législateur qu'il démontre la nécessité de restreindre la liberté d'enseignement, mais au contraire contraignant les établissements à démontrer que l'atteinte à leur liberté est disproportionnée : la liberté d'enseignement « n'empêche pas que le législateur décrétal impose des conditions de financement et de subventionnement qui restreignent l'exercice de cette liberté. De telles mesures ne sauraient être considérées en tant que telles comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci »¹³. La Cour ne

¹¹ Cour constitutionnelle, arrêt 76/96 du 18 décembre 1996, B.9. ; dans le même sens, arrêt 49/2001 du 18 avril 2001, B.11.

¹² Cour constitutionnelle, arrêt n°28/92 du 2 avril 1992, 6.B.6.

¹³ Cour constitutionnelle, arrêt n°1/2003 du 8 janvier 2003, B.6.2.

prend plus comme point de départ la liberté mais l'intervention de la Communauté : « Ces mesures laissent - chaque fois que cela n'est pas incompatible avec la bonne fin de l'objectif poursuivi - une liberté substantielle dans la mise en œuvre des options retenues par le législateur décréteil »¹⁴. Invitée à se prononcer sur un décret imposant une formation inter-réseaux portant en partie sur les méthodes pédagogiques, elle optera également pour le laxisme : « la formation en cours de carrière ne porte que dans une mesure restreinte sur les méthodes pédagogiques et (...) ne vise pas à faire opter en faveur d'une certaine méthode pédagogique plutôt qu'en faveur d'une autre »¹⁵. La liberté d'enseignement n'est donc pas violée.

c) Choisir son personnel

14. Comme pour les autres aspects de la liberté d'organisation, la Cour proclame la liberté de choisir son personnel tout en consacrant des possibilités de la restreindre. Ainsi, le décret fixant le statut des directeurs n'a été annulé qu'en raison d'une sanction non proportionnée, ce qui a rapidement été corrigé, et non d'une violation de la liberté en matière de politique du personnel. Pour la Cour, il est légitime d'exiger du directeur qu'il dispose « de certaines capacités, qualifications ou formations garantissant qu'il possède les qualités requises pour cette charge, de même qu'il peut sanctionner la méconnaissance de cette exigence »¹⁶.

Sur le terrain décréteil, l'exigence d'égalité entre enseignants a conduit le législateur à adopter, pour les membres du personnel de l'enseignement libre subventionné, un statut équivalent à celui adopté dans l'enseignement officiel ce qui a considérablement restreint le droit des établissements libres de choisir leur personnel.

d) L'autonomie de gestion

15. Les pouvoirs organisateurs ont été dépossédés d'une grande partie de leurs pouvoirs. La détermination des principes fondamentaux de l'organisation d'une école est devenue une œuvre trop complexe pour pouvoir encore être définie au niveau local. Vers le haut, il y a donc eu transfert d'une partie des pouvoirs vers l'organe de représentation auquel les pouvoirs organisateurs adhèrent. De même, la gestion quotidienne d'une école est devenue trop lourde pour pouvoir être assumée par une autorité politique ou une association de bénévoles qui peuvent, dans certains cas, être éloignés de la vie au jour le jour de l'école. Vers le bas cette fois, la gestion quotidienne a donc été déléguée à la direction, le préfet ou le directeur¹⁷. La Cour s'est inscrite dans cette évolution en

¹⁴ B.8.

¹⁵ Cour constitutionnelle, arrêt n° 67/2004 du 5 mai 2004, B.10.

¹⁶ Cour constitutionnelle, arrêt 132/2007 du 17 octobre 2007, B.6.1.

¹⁷ X. Delgrange, « Les PO face aux syndicats », *La revue nouvelle*, à paraître.

Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

validant le décret flamand du 25 février 1997 relatif à l'enseignement fondamental dont plusieurs dispositions ont pour effet de confier au directeur d'école ou à la direction la mission de déterminer et de délimiter la charge des membres du personnel. Aux parties qui estiment qu'il s'agissait là d'une prérogative des pouvoirs organisateurs, la Cour répond que ces immixtions dans la liberté d'enseignement ne sont pas disproportionnées car la responsabilité finale de la description de fonction est de la compétence de « l'autorité scolaire elle-même ou [du] directeur, dont on peut considérer qu'il bénéficie de la confiance du pouvoir organisateur »¹⁸.

16. Il faut ajouter à ces tendances la forte montée en puissance, pour l'instant surtout dans l'enseignement supérieur, de formes de démocratie participative. Ainsi, le législateur décrétal a imposé aux établissements la présence d'étudiants, avec voix délibérative, dans les différents organes de gestion. Bien qu'autrefois la Cour estimait essentiel que les pouvoirs organisateurs disposent d'un pouvoir de décision final entier, elle a admis que les étudiants empiètent sur celui-ci¹⁹.

B. La liberté de choix des parents

17. Comme l'affirme la Cour constitutionnelle, liberté d'organisation et libre choix sont étroitement liés : « La liberté de choix des parents ne saurait être dissociée du droit de créer des établissements d'enseignement et du droit au subventionnement que possèdent lesdits établissements. En effet, le libre choix des parents ne peut être pleinement réalisé que si la liberté des pouvoirs organisateurs d'organiser un enseignement et le droit au subventionnement que possède en principe cet enseignement ne sont pas limités de manière illégitime »²⁰. Les différentes limitations dans la liberté d'organisation doivent donc souvent également s'analyser également comme des restrictions dans le libre choix (c). Outre cette question, le libre choix postule désormais le droit à l'inscription (a) et, théoriquement, l'abolition des motifs financiers qui peuvent l'influencer (b).

a) Le droit à l'inscription dans l'école de son choix

18. C'est lors du décret « missions » du 24 juillet 1997 que le législateur s'occupa pour la première fois la question des inscriptions dans le secondaire. A cette occasion, il se contenta de formaliser la solution dégagée de la jurisprudence : l'enseignement de la Communauté était tenu d'accepter toute demande d'inscription alors que les établissements relevant des réseaux subventionnés conservaient un pouvoir de sélection de leurs publics sans que l'exercice d'un tel pouvoir ne puisse conduire à des discriminations. En 2001, dans le cadre des accords de la Saint-Boniface, le législateur consacra un véritable droit à l'inscription, dans le chef des élèves, à l'égard de tous les établissements. Outre le

¹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt 19/99 du 17 février 1999, B.4.4.

¹⁹ Cour constitutionnelle, arrêt 48/2005 du 1^{er} mars 2005.

²⁰ Cour constitutionnelle, arrêt 25/92 du 2 avril 1992, B.4.1. à B.4.3.

respect des conditions d'admission et, dans l'enseignement subventionné, l'adhésion aux projets éducatif, pédagogique et d'établissement, le seul motif de refus d'inscription admissible demeurait l'insuffisance de locaux disponibles.

Lors de la consécration de ce droit à l'inscription, le législateur a décidé de faire primer le libre choix des parents sur la liberté d'organisation des établissements, interdisant désormais à ceux-ci de sélectionner leurs publics. Le même type d'évolution peut être observé en Flandre lors de l'adoption du décret du 28 juin 2002 relatif à l'égalité des chances dans l'éducation. La Cour constitutionnelle n'a pas estimé ces changements contraires à la Constitution. Elle constate que, sous l'empire de cette nouvelle législation, le droit à l'inscription n'est pas absolu notamment parce qu'il y a l'obligation pour les parents d'adhérer au projet pédagogique et au règlement scolaire, documents qui contiennent « tous les principes que le pouvoir organisateur considère comme fondamentaux, parmi lesquels, par exemple, les principes philosophiques sur lesquels le pouvoir organisateur souhaite se fonder »²¹. Ces balises dans la consécration du droit à l'inscription sont suffisantes, aux yeux de la Cour, pour que la liberté d'enseignement ne soit pas violée.

19. Le législateur a estimé que la consécration du droit à l'inscription ne suffisait pas à assurer l'effectivité de celui-ci. Il s'est donc essayé, selon plusieurs modalités, à l'élaboration d'une procédure d'inscription permettant de cadenciser davantage le rôle des directions et d'insuffler de la mixité sociale dans les écoles. Sans revenir précisément sur l'ensemble de ces étapes qui ont chacune fait grand bruit²², je me limiterai à reproduire les solutions adoptées par la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt rendu à propos du premier décret « inscriptions » (critère chronologique), la Cour a estimé qu'il ne limitait pas en soi la liberté de choix des parents. « En effet, ils peuvent introduire une demande d'inscription dans l'établissement scolaire de leur choix. Sauf en cas de refus d'inscription, qui doit être motivé, une place est proposée dès qu'elle est disponible au sein de l'établissement, dans l'ordre des demandes d'inscription, sous réserve des règles de priorité »²³. Ce n'est pas sous l'angle du libre choix mais de la liberté d'organisation que la Cour a apprécié la validité de ce décret. Rappelant les dispositions en vigueur en même temps que le décret attaqué, elle considère qu'« en instaurant un système d'inscription selon un ordre chronologique, les dispositions attaquées n'ajoutent donc rien à l'obligation pour ces établissements d'inscrire en principe un élève »²⁴. À propos du décret « mixité sociale » (tirage au sort), la Cour estime que « dès lors qu'il apparaît que le nombre de demandes d'inscription dans certains établissements excède le nombre de places que ceux-ci peuvent offrir, il s'impose de départager les demandes. Le choix du législateur décréte de mettre en place à cette fin un tirage au sort garantit que chaque enfant, abstraction faite des enfants qui bénéficient d'une priorité déterminée par le décret, bénéficie de chances égales d'obtenir une

²¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 131/2003 du 8 octobre 2003, B.5.6.

²² Voy. X. Delgrange et M. El Berhoumi, « Inscrire son enfant dans une école francophone. Comment sortir du libre de la jungle ? », *T.O.R.B.*, 2008-09, n°6, p. 459 à 476.

²³ Cour constitutionnelle, arrêt 119/2008 du 31 juillet 2008, B.17.3.

²⁴ Cour constitutionnelle, arrêt 119/2008 du 31 juillet 2008, B.17.6.

place dans l'établissement concerné »²⁵. Contrairement à son arrêt sur le décret « inscriptions » première mouture, il semblerait que la Cour estime ici que la procédure du décret « mixité sociale » restreint le libre choix des parents. Mais elle estime que cette restriction n'est pas contraire à la Constitution notamment car le critère de départage est neutre. Si la Cour constitutionnelle devait être saisie d'un recours contre le système d'inscription actuellement en vigueur, elle aurait à se prononcer sur un mécanisme qui n'accorde pas de chances égales à tous les parents mais qui classe selon l'indice obtenu par la multiplication d'un certain nombre de critères pondérés.

b) L'absence d'obstacles financiers au libre choix

20. Malgré que la Cour ait pu proclamer que « l'égalité, en matière d'enseignement, garantit le libre choix des parents »²⁶, elle admet que les différences de financement entre les réseaux persistent. On ne peut néanmoins affirmer que le choix d'un établissement est libre s'il dépend d'impératifs financiers²⁷. C'est pour cette raison que lors de la rédaction de la loi du Pacte scolaire, le législateur avait prévu l'obligation, lorsqu'une commune ou une province décide d'octroyer des avantages sociaux aux élèves fréquentant les écoles qu'elle organise, d'également allouer de tels avantages aux élèves fréquentant les écoles libres situées sur leur territoire. Souhaitant permettre à la notion d'avantages sociaux d'évoluer avec la société, par un travail jurisprudentiel, le législateur n'a pas formulé de définition précise.

Le législateur francophone changea de perspective lors de l'adoption du décret du 7 juin 2001. Le législateur y a défini de manière limitative les avantages sociaux. La Cour constitutionnelle n'a pas estimé cette option contraire au libre choix. Tout en se ralliant à la thèse selon laquelle ces dispositions marquent un « recul » par rapport à la conception évolutive qui était celle de la loi du Pacte scolaire, la Cour s'interdit de contrôler la constitutionnalité de ce recul.

c) Un choix confessionnel

21. L'uniformisation progressive entre les établissements interroge le libre choix. Si sur de nombreux aspects les différences entre établissements ont été gommées, sur quoi porte la liberté de choisir son école ? Traditionnellement, la Cour offre la réponse suivante : « La liberté de choix des parents

²⁵ Cour constitutionnelle, arrêt 121/2009 du 16 juillet 2009, B.14.3.

²⁶ Cour constitutionnelle, arrêt 38/91 du 5 décembre 1991, B.3.5.

²⁷ G. Genet, « Les avantages sociaux dans l'enseignement », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1999, n°1637-38, p. 5.

Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

implique que ceux-ci puissent choisir pour leurs enfants un enseignement qui correspond le plus à leurs conceptions philosophiques. C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, § 1er, alinéa 3, de la Constitution) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée »²⁸. Il semble néanmoins que si la Cour constitutionnelle rappelle à chaque fois le principe que le libre choix peut également porter sur une école développant une pédagogie spécifique²⁹, elle n'en déduit aucune conséquence contraignante pour le législateur. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'apprécier les motivations qui poussent un parent à vouloir changer son enfant d'école, la Cour ne se préoccupe que des convictions philosophiques et religieuses, oubliant les options pédagogiques. Constatant que la première mouture du décret « inscriptions » énumère certains motifs justifiant un changement d'école en cours d'année, elle déduit de ce que cette liste est précédée de l'adverbe notamment que « d'autres raisons doivent pouvoir être admises, telles que celles qui tiennent au respect des convictions religieuses ou philosophiques »³⁰.

C. La liberté académique

22. Il existe un certain clivage entre l'enseignement obligatoire et l'enseignement supérieur sur la liberté d'expression garantie aux enseignants. Dans l'enseignement fondamental et secondaire, on ne consacre pas en tant que telle une liberté académique. La législation s'efforce néanmoins de garantir une certaine liberté d'expression aux enseignants. Dans les établissements officiels, la définition de la neutralité a évolué de manière à assouplir le devoir de réserve qui pesait sur les enseignants. Désormais, la neutralité positive charge les enseignants d'éduquer leurs élèves aux droits de l'homme tout en leur préservant une prudente liberté d'expression³¹. Néanmoins, poussés par la question du voile chez les enseignantes, certains plaident désormais pour un retour à un plus grand musellement des enseignants.

Les enseignants du réseau libre ne sont certainement pas logés à meilleure enseigne. Leur liberté d'expression doit en effet s'accorder avec l'obligation imposée par la loi d'adopter un comportement en rapport avec les options philosophiques et pédagogiques de l'établissement qui les emploie³².

²⁸ Cour constitutionnelle, arrêt 110/98 du 4 novembre 1998, B.3.2.

²⁹ Cour constitutionnelle, arrêts 119/2008 du 31 juillet 2008, B.5.3.; 121/2009 du 16 juillet 2009, B.8.3.

³⁰ Cour constitutionnelle, arrêt 119/2008 du 31 juillet 2008, B.8.2.1.

³¹ Voy. X. Delgrange, « la neutralité de l'enseignement en Communauté française », *A.P.T.*, pp. 150-152.

³² Articles 14 et 21 du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement libre subventionné.

23. Dans l'enseignement supérieur, selon la Cour constitutionnelle, « la liberté académique traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions »³³. Sur cette base, elle a imposé une nouvelle interprétation d'une disposition du décret « Bologne » qui définissait de manière trop restrictive la liberté académique.

D. Le rôle de la Communauté

24. Ce survol de la jurisprudence en matière de liberté d'enseignement modifie la portée de l'article 24, §5, de la Constitution dans le sens d'une réduction des différences entre l'enseignement de la Communauté et celui qu'elle subventionne (a) et d'un contrôle préventif de l'enseignement privé (b).

Les différences entre enseignement organisé et enseignement subventionné

25. Dans un considérant fortement critiqué par les tenants de la laïcité, la Cour résume ainsi la différence entre les réseaux : « Contrairement à l'enseignement communautaire, qui est chargé d'un service public au sens organique du terme, l'enseignement libre subventionné constitue un service public fonctionnel, en d'autres termes un service qui est organisé par l'initiative privée pour les besoins de tout ou partie de la population, en vue d'assumer une mission d'intérêt général »³⁴. Cette distinction conduit à reconnaître logiquement un contrôle moins strict à l'égard de l'enseignement libre subventionné. Néanmoins comme l'affirment Vandernoot et Sohier : « une pareille qualification entraîne nécessairement un certain nombre de sujétions, qui sont d'ailleurs la contrepartie du financement reçu »³⁵. Vu l'uniformisation entre réseaux, notamment les questions pédagogiques, les statuts du personnel ou les règles d'inscription des élèves, il devient difficile de cerner ce qui, sur le terrain juridique, différencie l'enseignement subventionné de l'enseignement de la Communauté.

Le sort de l'enseignement privé

26. Bien que cette situation soit marginale, il existe des établissements qui n'entretiennent aucun lien financier avec les pouvoirs publics. À l'égard de l'enseignement privé, il était admis jusqu'il y a peu que « le principe de liberté reprend toute son ampleur, même s'il ne faut bien entendu pas perdre de vue que, selon l'article 24, §1^{er}, alinéa 1^{er}, lui-même, de la Constitution, les délits commis à

³³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 167/2005 du 23 novembre 2005, B.18.1.

³⁴ Cour Constitutionnelle, arrêt 27/92 du 4 avril 1992, 4.B.2.

³⁵ P. Vandernoot et J. Sohier, « Le décret 'missions' de la Communauté française du 24 juillet 1997 : de la liberté de l'enseignement à la liberté dans l'enseignement ? », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Bruxelles, Pub. FUSL, 1999, p. 166.
Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

l'occasion des activités donnent lieu à répression pénale, réglée par la loi ou par le décret. En outre il est admis – ajouterions-nous il est requis – que l'État doit en toute hypothèse veiller à ce que l'enseignement ne soit pas dispensé au mépris des valeurs, des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, en violation notamment de l'article 17 de la Convention et de l'article 29, §2, de la Convention relative aux droits de l'enfant »³⁶. C'est sur base de ces dispositions combinées avec le droit à l'enseignement consacré à l'article 24, §3, de la Constitution, que la Cour constitutionnelle a admis un contrôle relativement poussé des établissements privés³⁷. La Haute juridiction n'a ainsi pas jugé contraire à la liberté d'enseignement ni le contrôle de l'exigence que l'enseignement dit à domicile soit d'un niveau d'études équivalent aux socles de compétence, savoirs communs et compétences minimales, ni l'obligation pour les élèves fréquentant cet enseignement de réussir les épreuves certificatives à l'issue de l'enseignement primaire et des 1^{er} et 2^e degrés du secondaire³⁸. Le législateur peut donc imposer des mesures, y compris préventives, à l'enseignement privé. Il doit simplement fonder ses mesures non plus sur les subventions qu'il octroie mais sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

Conclusion : le droit à l'enseignement, nouvelle clef du droit de l'enseignement.

27. La liberté d'enseignement a fortement évolué depuis le milieu des années 90. Loin de stopper cette évolution, la Cour constitutionnelle l'a accompagnée en construisant une nouvelle interprétation du texte constitutionnel. La gardienne de la Constitution formule ainsi une lecture novatrice de ces dispositions quitte à contredire le texte et l'esprit, fruits d'une longue histoire.

Il semble néanmoins que la Cour tente de protéger une sorte de noyau dur de la liberté d'enseignement, une intangible substance pour laquelle elle retrouve une plus grande sévérité. Ainsi, le respect des convictions philosophiques et religieuses semble au cœur de sa motivation lorsqu'elle tend à garantir le changement d'école pour des motifs qui tiennent à ces convictions, lorsqu'elle légitime le fait de conditionner une inscription à l'adhésion aux projets de l'établissement ou lorsqu'elle affirme contraire à la Constitution toute mesure qui serait de nature à empêcher, à entraver ou à pénaliser le choix entre l'enseignement de la morale non confessionnelle ou d'une religion reconnue³⁹. Il semblerait également qu'en dégageant un droit à la dérogation aux normes de rationalisation ou aux socles de compétence pour certains établissements, la Cour souhaite doubler le pluralisme philosophique d'un pluralisme pédagogique. Comme je l'ai rapidement esquissé, ce droit à la dérogation semble en pratique réduit à une peau de chagrin.

Il conviendrait d'évaluer la portée réelle de cet espace *a priori* irréductible. En effet, dans son arrêt relatif à l'enseignement à domicile, la Cour affirme : « Compte tenu, dès lors, des caractéristiques propres à l'enseignement à domicile et à la liberté d'enseignement, l'appréciation du caractère « équivalent » du niveau d'études doit prendre en considération les méthodes pédagogiques ainsi que

³⁶ P. Vandernoot et J. Sohier, op. cit., p. 140.

³⁷ Cour constitutionnelle, arrêts 107/2009 du 9 juillet 2009 et 168/2009 du 29 octobre 2009.

³⁸ M. El Berhoumi, « L'enseignement à domicile perquisitionné. Commentaire de l'arrêt 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2009, p. 701 à 706.

³⁹ Cour constitutionnelle, arrêt 90/99 du 15 juillet 1999, B.6.2.

Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990

les conceptions idéologiques, philosophiques ou religieuses des parents ou des enseignants, pour autant que ces méthodes et conceptions ne méconnaissent pas le droit de l'enfant à recevoir un enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux et ne portent atteinte ni à la qualité de l'enseignement ni au niveau d'études à atteindre »⁴⁰. Si le cœur de la liberté d'enseignement apparaît, il est ici conditionné à d'autres éléments ce qui me semble incompatible avec l'idée d'une intangible substance que la Cour ferait primer sur toute autre considération.

28. Lors de la révision constitutionnelle de 1988, l'article 24 a été complété afin d'inclure les grands axes du Pacte scolaire. Le Constituant a également saisi l'occasion pour y consacrer le droit à l'enseignement (§3) et l'égalité dans l'enseignement (§4). À l'époque, il était mal aisé d'évaluer la portée de l'inscription de ces principes au sein de l'article 24. Désormais, il apparaît que la combinaison de ceux-ci a donné un fondement aux réformes qui, depuis le décret « missions », en contribuant à ces objectifs (ou du moins en essayant d'y contribuer) ont pour conséquence de réduire fortement l'étendue de la liberté d'enseignement. La Cour constitutionnelle a pour sa part donné un blanc-seing au législateur, pour peu qu'il justifie ses réformes sur base de ces principes. Nul ne sait jusqu'où la Communauté ira dans ce mouvement. Vu les résultats des enquêtes PISA ou des indicateurs de l'enseignement, le chemin vers l'égalité est, en tout cas, encore bien long.

⁴⁰ Cour constitutionnelle, arrêt 107/2009 du 9 juillet 2009, B.23.4.
Texte conforme aux recommandations orthographiques de 1990