

Une circulaire conciliable avec le droit fondamental à l'enseignement ?

Quelle instruction pour les enfants illégaux ?

par Anne Feyt

De nombreux élèves en séjour irrégulier sur le territoire se voient, chaque année, refuser le droit de participer à un voyage scolaire à l'étranger. Ce refus résulte du choc entre le droit fondamental à l'enseignement et les règles relatives à l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Une circulaire n° 000395 du 25 septembre 2002, du ministre de l'Enfance, chargé de l'Enseignement fondamental, de l'Accueil et des Missions confiées à l'ONE, ayant pour objet la participation à des activités scolaires organisées en dehors du territoire belge et à l'intérieur de l'Union européenne résume parfaitement les règles fédérales qui régissent la matière. Concrètement, selon cette circulaire, les élèves ressortissants de pays tiers et résidant légalement sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne peuvent voyager sur ce territoire sous couvert d'une liste nominative reconnue comme document de voyage. Il appartient à l'Office des étrangers de délivrer cette liste nominative. Cette dernière a pour objet de confirmer le statut de résident des écoliers ainsi que leur droit à la réadmission.

Cette circulaire précise, en outre, qu'en vertu de la législation fédérale en la matière, la procédure décrite ne s'applique que pour les élèves résidant légalement sur le territoire en raison du fait que la liste nominative règle également la question de la réadmission sur le territoire. La situation des élèves dont les parents sont demandeurs d'asile s'apprécie, quant à elle, au cas par cas, en fonction de l'état d'avancement de la demande d'asile et après un éventuel avis du Commissaire général aux réfugiés et apatrides.

Les règles fédérales en matière d'accès au territoire, de séjour, d'établissement et d'éloignement des étrangers, résumées dans cette circulaire, sont-elles conciliables avec le droit fondamental à l'enseignement ? Des solutions peuvent-elles être envisagées afin de permettre à tous les élèves, quelle que soit leur situation de séjour, de participer à l'ensemble des activités scolaires ? Telles sont les questions qui fondent la présente contribution.

1. - Examen de la question sous l'angle des libertés fondamentales

1. L'article 24, §3 et §4, de la Constitution prévoit que :

«§ 3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire. Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la Communauté, à une éducation morale ou religieuse.

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

L'article 191 de la Constitution prévoit que «Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi».

Cette disposition est interprétée par la Cour d'arbitrage comme visant l'ensemble des étrangers sans avoir égard au fait qu'ils sont ou non en séjour régulier sur le territoire. Dans un arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, la Cour d'arbitrage a ainsi précisé quant à l'interprétation de l'article 191 de la Constitution que «Les étrangers peuvent donc invoquer les principes d'égalité et de non-discrimi-

nation consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution à la double condition que, comme en l'espèce, ils se trouvent sur le territoire de la Belgique et que la loi n'a pas fait d'exception en ce qui les concerne».

Les arrêts 38/94 du 15 mars 1994, 42/96 du 2 juillet 1996 et 36/97 du 19 juin 1997 énoncent que les principes d'égalité et de non discrimination sont réaffirmés, en matière d'enseignement, par l'article 24, §4 de la Constitution.

2. L'article 28, 1. de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990 (M.B. du 3 juillet 1991 pour la Communauté française) prévoit que :

«Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous;

(...)».

Les articles 1^{er} et 2 de la Convention définissent, en outre, l'enfant et le champ d'application des dispositions en ces termes :

Question différente selon que l'on se place sous l'angle du droit à l'enseignement ou des étrangers

Article 1^{er}. «Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable».

Article 2. «Les Etats s'engagent à respecter les droits des enfants qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre discrimination».

D'autres instruments internationaux auxquels la Belgique est également partie comprennent des dispositions similaires. Il en va ainsi de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de New-York qui consacre, dans ses articles 13 et 14 «le droit de toute personne à l'éducation».

3. L'ensemble de ces dispositions établit donc le droit pour tous les enfants mineurs, même en séjour irrégulier, à un enseignement sur le territoire du pays sur lequel ils se trouvent. Il s'agit, également, aux termes de l'article 24 de la Constitution, d'une obligation tant dans le chef des personnes investies de l'autorité parentale ou de la garde de droit ou de fait de l'enfant, que dans le chef des autorités publiques, notamment, celle qui sont chargées d'organiser l'enseignement.

L'obligation scolaire et la régularité des études ne dépendent, ni de l'inscription sur les registres de l'état civil, ni de la délivrance ou non d'un titre de séjour. Il serait, dès lors, totalement contraire à la philosophie de ces dispositions de priver d'instruction un enfant en âge d'obligation scolaire pour le seul motif qu'il ne dispose pas de titre de séjour.

La Communauté française prévoit, d'ailleurs, dans l'article 40 du décret du 30 juin 1998 que : «les mineurs séjour-

nant illégalement sur le territoire, pour autant qu'ils y accompagnent leurs parents ou la personne investie de l'autorité parentale, sont admis dans les établissements scolaires. Les chefs d'établissements reçoivent aussi l'inscription des mineurs non accompagnés. Dans ce cas ils veillent à ce que le mineur entreprenne les démarches conduisant à sa prise en charge par une institution financière de manière à ce que l'autorité parentale soit exercée en sa faveur».

Si le principe est affirmé, il convient, encore de déterminer les contours de la notion de «droit à l'enseignement». Il s'agit certainement du droit de suivre l'ensemble des cours dispensés dans les établissements de la Communauté française tels qu'ils sont, notamment, définis dans le projet pédagogique de l'établissement.

Cependant, lorsque, dans le cadre de l'enseignement dispensé par un établissement, un voyage à l'étranger est projeté, les règles et principes fondamentaux en matière d'enseignement se confrontent aux dispositions applicables en matière de séjour et d'accès au territoire.

Or, cette matière échappe totalement à la compétence des Communautés. La perception de la question est donc éminemment différente selon que l'on se place sous l'angle du droit à l'enseignement ou du droit des étrangers, compétence relevant à titre exclusif du fédéral.

2. - Examen sous l'angle du droit des étrangers

4. L'article 2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit les conditions d'accès au territoire :

«Est autorisé à entrer dans le Royaume, l'étranger porteur :

1° soit des documents requis en vertu d'un traité international ou d'un arrêté royal;

2° soit d'un passeport valable ou d'un titre de séjour en tenant lieu, revêtu d'un

visa ou d'une autorisation tenant lieu de visa, valable pour la Belgique, apposé par un représentant diplomatique ou consulaire belge ou par celui d'un État partie à la convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant la Belgique.

Le ministre de l'Intérieur ou son délégué peut autoriser à pénétrer en Belgique l'étranger qui n'est porteur d'aucun document prévu par l'alinéa précédent sur la base des modalités déterminées par arrêté royal».

En application de l'article 3 de la loi du 15 décembre 1980, les étrangers, qu'ils soient mineurs ou non, peuvent être refoulés à la frontière s'ils ne sont pas porteurs des documents requis.

L'article 6bis de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers prévoit dans quelles conditions un écolier qui n'est pas ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, mais qui réside dans un de ceux-ci peut être admis à entrer sur le territoire. Les conditions à cette admission sont identiques à celles qui déterminent l'établissement de la liste des participants à un voyage scolaire impliquant de quitter la Belgique.

5. L'autorisation visée par la circulaire n° 000395 du 25 septembre 2002 s'inscrit dans le cadre de cette législation. Elle se fait l'écho d'une décision du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 1994, relative à une action commune adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point b) du traité sur l'Union européenne en ce qui concerne les facilités de déplacement des écoliers ressortissants de pays tiers résidant dans un État membre (JOL 327 du 19 décembre 1994, p. 0001 à 0003).

L'autorisation sous forme de liste telle qu'élaborée, dans le cadre précité, par le Conseil a pour objet de faciliter les démarches administratives des élèves et de leurs parents et doit pouvoir servir de document de voyage sur le territoire des pays membre de l'Union européenne. Elle permet, le cas échéant, de dispenser l'élève étranger résidant régulièrement sur le territoire du visa requis.

La position exprimée par le ministre Duquesne ne peut être retenue comme base correcte de réflexion

Elle a également pour objet de garantir la réadmission des élèves repris sur la liste sur le territoire belge sans formalités (à savoir celles prévues par l'article 3 de la loi du 8 août 1980).

6. La raison pour laquelle l'Office des étrangers ne reprend pas les élèves en séjour irrégulier sur la liste et, par conséquent, leur refuse leur titre de voyage apparaît donc double.

D'une part, l'Etat belge ne veut, apparemment, pas prendre le risque vis-à-vis de ses partenaires européens que le mineur, qui s'est vu délivrer une autorisation en bonne et due forme de voyager sur le territoire d'un autre État membre, ne profite de cette sortie du territoire belge pour séjourner irrégulièrement sur le territoire d'un autre État membre.

D'autre part, en donnant l'autorisation visée aux élèves en séjour irrégulier, il s'engage également à les réadmettre, à leur retour de voyage, sur un territoire sur lequel ils sont pourtant en séjour irrégulier. Il s'agirait, alors, d'une sorte de reconnaissance et de prise en compte de la situation irrégulière de l'intéressé. Telles sont les raisons pour lesquelles l'Office des étrangers ne peut, en principe, inscrire, sur le document, les élèves en séjour irrégulier sur le territoire.

7. Cependant, compte tenu de la compétence du ministre de l'Intérieur en matière d'accès au territoire et de séjour ainsi que des circonstances particulières que la situation présente, ce dernier pourrait, discrétionnairement, prendre une décision permettant aux élèves de quitter et de rejoindre le territoire sans que cela ne soit pour autant une reconnaissance de leur statut.

3. - En résumé...

8. Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il convient de constater que deux visions de l'élève étranger en séjour irrégulier sur le territoire s'opposent. D'une part, il est perçu par la Communauté française comme un sujet de droit ressortissant de ses compétences et des établissements d'enseignement

qui sont soumis à ses décrets et arrêtés. D'autre part, il est perçu par l'Etat fédéral comme, bien qu'étant élève d'un établissement scolaire, étranger en séjour irrégulier.

Deux législations régissent des aspects distincts de la situation des intéressés. Ces dernières interviennent dans des sphères de compétences tout à fait distinctes et ne pouvant, en vertu du principe des compétences exclusives, se confondre ou se recouper. Il serait, en effet, inconcevable que la Communauté française détermine dans quelles conditions un enfant, quel qu'il soit d'ailleurs, peut quitter et rentrer sur le territoire. Il serait également inconcevable que le fédéral vienne régir les conditions dans lesquelles l'enseignement doit être adressé aux élèves en séjour irrégulier.

9. Dès lors, la position exprimée par le ministre Duquesne, sous la précédente législature, selon laquelle «*Chaque enfant a sans conteste droit à l'enseignement, mais ce droit est à exercer dans le pays d'origine, si le séjour est irrégulier*», est inexacte en droit et est exprimée à propos d'une matière qui relève de la compétence propre de la Communauté française. Elle ne peut donc être retenue comme base correcte de réflexion.

4. - Pistes de réflexion et conclusions

10. Eu égard au contexte législatif qui vient d'être évoqué, il convient de se demander s'il existe, dans l'arsenal législatif de la Communauté française des moyens pour tenter d'infléchir la position de l'Office des étrangers et du ministre de l'Intérieur face à la situation des élèves en séjour irrégulier désireux de participer à des voyages scolaires à l'étranger.

11. Poser cette question revient à s'interroger plus avant sur une question déjà ébauchée. Quel est le contenu exact du droit à l'enseignement garanti par l'article 24 de la Constitution et recouvre-t-

il ou non le droit à participer à toutes les activités organisées dans le cadre de la mise en œuvre d'un projet pédagogique, quel que soit le lieu de ces activités.

À considérer que l'on puisse arriver à la conclusion que le droit à l'enseignement comprendrait le droit à participer aux voyages organisés par un établissement scolaire, encore faudrait-il se demander si cette liberté fondamentale peut ou non faire échec aux dispositions légales en matière d'accès au territoire.

À ce propos, il ne fait aucun doute que les dispositions en matière de libertés publiques sont, par essence, d'interprétation extensive. Ceci implique qu'il conviendra toujours d'interpréter le contenu d'une liberté publique en faveur de celui qui en bénéficie. En outre, en application de l'article 191 de la Constitution, toute restriction à une liberté publique doit être établie par la loi. Cette loi ne pourra – au même titre que tout autre texte législatif – créer de discrimination ou de rupture d'égalité.

En application tant de la jurisprudence que des textes internationaux, il ne sera admis de restriction aux libertés publiques qu'en vue de la poursuite d'un but légitime. En outre, la restriction devra être proportionnée au but ainsi poursuivi.

Les dispositions en matière d'accès au territoire, de séjour, d'établissement et d'éloignement peuvent, le cas échéant, même si tel n'est pas leur objet direct, restreindre l'exercice d'une liberté publique.

12. Tentons de définir de manière précise le contenu du droit à l'enseignement garanti par l'article 24 de la Constitution.

13. Sauf trois exceptions, les communautés disposent de la compétence de régler l'ensemble de la matière de l'enseignement. Il leur appartient donc, au titre de leurs compétences exclusives, de fixer le contenu de cette matière.

L'article 127 de la Constitution prévoit, en effet, que :

«*Les Conseils de la Communauté française et de la Communauté flamande, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret :*

L'irrégularité ou la précarité du titre de séjour et l'accès aux institutions d'enseignement

(...)

l'enseignement, à l'exception :

a) de la fixation du début et de la fin de l'obligation scolaire;

b) des conditions minimales pour la délivrance des diplômes;

c) du régime des pensions.

(...).

Selon Monsieur F. Delperée (Constitution et l'enseignement, A.P.T., 1989, p. 223) il convient de lire l'article 24 de la Constitution en parallèle avec l'article 127 précité :

«La Constitution proclame encore, dans l'article (24, § 3), que chacun a droit à l'enseignement «dans le respect des libertés et droits fondamentaux». Elle ajoute : «l'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire».

Ce principe est déjà inscrit dans l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le sens de cette disposition a été précisé dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juillet 1968. Le droit à l'enseignement comporte au minimum, selon la Cour, le droit d'accès aux établissements d'enseignement existants et le droit de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, selon les règles en vigueur dans chaque État, la reconnaissance des études qui ont été accomplies.

Autre principe, de valeur générale. «Tous les élèves, étudiants, parents, membres du personnel des établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret». Il faut préciser que cette égalité est évidemment à comprendre dans chaque Communauté et non plus au niveau de l'Etat. Il faut admettre que cette égalité est avant tout une égalité devant le décret (puisque *«tout, ou presque, est communautarisé»*) et que la prétendue égalité devant la loi n'est avancée que comme un paravent qui masque mal l'inanité de la formule (il n'y a d'égalité devant la loi nationale que dans trois domaines qui restent de compétence nationale). Il est donc absurde d'affirmer – selon l'ex-

pression mainte fois entendue – qu'un enfant wallon est égal à un enfant flamand. Et l'inverse, ajoute-t-on pour faire bonne mesure. La Constitution se borne à préciser que *«tous les enfants francophones sont égaux entre eux et que tous les enfants flamands le sont également entre eux».*

En conclusion, donc, et puisque le Constituant n'a pas réservé cette compétence au législateur fédéral, il appartient à chacune des communautés de fixer le contenu du droit à l'enseignement et de veiller à ce que, dans ses établissements ou ceux qu'elles subventionne, il n'y ait pas de discrimination au sens, non seulement de l'article 24 de la Constitution, mais également des articles 10 et 11 de celle-ci.

Le législateur fédéral serait, donc, aujourd'hui, incompétent pour déterminer le contenu du droit à l'enseignement établi par l'article 24, § 3, de la Constitution. L'ensemble de ce qui est réglementé par la Communauté française au titre de sa compétence en matière d'enseignement tomberait, dès lors, dans le champ d'application de l'article 24 de la Charte fondamentale.

Néanmoins, s'il fallait considérer, comme semble l'indiquer le Professeur F. DELPEREE, que le principe consacré dans l'article 24 de notre Constitution était déjà inscrit dans l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et qu'il ne faut pas lui donner de portée plus large, il conviendrait de considérer, en application de la jurisprudence Affaire linguistique belge (23 juillet 1968, Publications de la Cour, série A, vol. 6, p. 31) que *«le droit à l'enseignement se définit comme le droit d'accéder aux établissements d'enseignement existant au moment considéré et celui de tirer avantage de l'instruction dispensée, c'est-à-dire d'obtenir que les études qui ont été faites soient officiellement reconnues».*

Si l'on s'en tient à cette interprétation restrictive du droit à l'enseignement, son contenu serait défini, en vertu des règles de répartition de compétences, par l'Etat fédéral en raison de l'exception faite aux compétences communautaires

pour fixer les conditions minimales pour la délivrance des diplômes.

Toujours en application de la jurisprudence précitée, le droit à l'enseignement serait garanti à la condition que les enfants puissent accéder aux établissements d'enseignement sur un pied d'égalité et voir leurs études sanctionnées par un diplôme. Ainsi, le fait de ne pas pouvoir participer à une classe de dépaysement ne serait contraire à l'article 24, § 3, de notre Charte fondamentale et à l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme que si cette non participation devait emporter des conséquences sur l'homologation du diplôme.

La doctrine semble conforter ce point de vue.

Dès lors, il paraît peu contestable qu'un enfant étranger peut revendiquer l'application de l'article 2 du Protocole additionnel précité dès lors qu'il se trouve en Belgique. L'irrégularité ou la précarité de son titre de séjour ne constituent pas des raisons juridiquement admissibles pour leur refuser l'accès aux institutions d'enseignement.

De même, l'article 191 de la Constitution étend en principe aux étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique, le bénéfice de la *«protection accordée aux personnes et aux biens»*, le législateur pouvant cependant déroger à ce principe.

La notion de *«protection accordée aux personnes et aux biens»* s'entend à tout le moins par référence aux dispositions constitutionnelles qui consacrent les libertés publiques. Parmi celles-ci figure, comme nous l'avons vu, la proclamation du droit à l'enseignement.

En l'absence de dispositions législatives ou décrétales à ce sujet, il faut donc conclure ici aussi, que les mineurs étrangers bénéficient du droit à l'enseignement, et qu'ils ont le droit d'être inscrit dans une institution scolaire, dès lors qu'ils se trouvent sur le territoire de la Belgique à quelque titre que ce soit, pour autant bien entendu qu'ils répondent par ailleurs aux conditions d'âge ou de diplôme requises pour le niveau d'études considéré» (D. DEOM, Le mi-

Les activités «payantes» : pas exclues du champ du droit à l'enseignement

neur étranger et la scolarité, R.D.D.E., 1994, p 87).

14. Le droit à l'enseignement garanti par la Constitution ne garantirait, donc, rien de plus que les minimas et objectifs à atteindre fixés par les instruments internationaux et, plus particulièrement, l'article 2 du protocole additionnel précité, à savoir l'accès à un établissement scolaire et la sanction de l'enseignement suivi.

Il s'agit là d'une conception fort restrictive de la portée de l'article 24 de notre Charte fondamentale.

On ne pourrait, cependant, raisonnablement définir, comme le fait le Professeur F. DELPEREE, le contenu du droit à l'enseignement en Belgique par référence à l'interprétation jurisprudentielle de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, *«L'article 2 du Premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme adopte une formulation négative («nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction»). Ce libellé manifeste que, contrairement à l'article 24 de la Constitution la Convention ne reconnaît pas un véritable droit-créance à l'enseignement. De manière plus précise, le droit à l'instruction consacré à la convention se ramène à deux composantes principales : - le droit d'accès aux établissements d'enseignement existant à un moment donné; - le droit de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, et plus particulièrement le droit d'obtenir, conformément aux dispositions en vigueur dans chaque état, la reconnaissance officielle des études accomplies»* (J. Sambon, Droit à l'enseignement et droit à l'inscription, J.D.J., 1998, n° 172, p. 11).

La formulation positive du droit à l'enseignement, telle qu'elle figure dans notre Constitution ne peut, donc, être restreinte à la définition restrictive qui découle de la formulation négative de l'article 2 du protocole précité. Le fait que le droit reconnu à l'article 24 soit qualifié de «droit-créance», au même titre que l'ensemble des autres droits économiques et sociaux, implique, en tout état de cause, qu'il crée une obligation dans

le chef du législateur de garantir effectivement l'accès et le respect de ce droit. Cette catégorie de droits a également un effet standstill qui oblige le législateur à ne pas légiférer «en-deça» de la législation existante. Il s'agit, donc, d'obligations ayant incontestablement une portée plus large que celles instaurant des «objectifs à atteindre». Ceci n'est d'ailleurs nullement démenti par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui examine toujours l'existence de la violation d'un droit fondamental en tenant compte de l'état de la législation existante dans le pays considéré et du caractère «hautement évolué» ou non de ce dernier.

Compte tenu de l'ensemble des développements qui précèdent, une définition autonome du droit fondamental à l'enseignement, tel que consacré par l'article 24, § 3, de la Constitution doit donc être apportée.

15. Afin de tenter de rencontrer cet objectif, il convient de revenir à l'article 24, §3 de la Constitution qui consacre à la fois le droit à l'enseignement et le principe de la gratuité de celui-ci. Le principe de la gratuité signifie qu'aucun minerval ou aucun droit d'inscription ne peut, en principe, être demandé aux élèves.

Il est, dès lors, incontestable que les activités qui relèvent du droit à l'enseignement doivent bénéficier aux élèves sans qu'ils ne doivent engager aucun frais. On pourrait, ainsi, être tentés de faire le départ entre ce qui relève du droit à l'enseignement et ce qui n'en relève pas en se fondant sur le critère de la gratuité.

Il est, à cet égard, intéressant, de constater que, l'article 100, § 2, du décret de la Communauté française du 24 juillet 1997, définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, prévoit expressément que :

«Ne sont pas considérés comme perception d'un minerval dans l'enseignement fondamental les frais appréciés au coût réel afférent aux services ou fournitures suivants :

1° les droits d'accès à la piscine et aux activités culturelles et sportives s'inscrivant dans le projet pédagogique du pouvoir organisateur ou dans le projet d'établissement ainsi que les déplacements qui y sont liés;

(...).

Dès lors, en Communauté française le fait, pour une école, de demander une participation financière dans le cadre d'activités sportives ou culturelles, pour autant qu'elles s'inscrivent dans le projet pédagogique ou dans le projet d'établissement, n'est pas considéré comme dérogeant au principe de la gratuité.

Le fait que des activités soient «payantes», ne permet donc pas de les exclure, par principe, du champ du droit à l'enseignement. En application du décret de la Communauté française du 24 juillet 1997, précité, il faudrait, au contraire considérer que les activités culturelles ou sportives même «payantes», s'inscrivant dans un projet pédagogique ou d'établissement ne pourraient être d'emblée exclues du droit à l'enseignement.

Le critère de la participation financière ne permet donc pas de distinguer ce qui relève ou non du droit à l'enseignement au sens strict. Il ne permet pas plus d'exclure les classes de dépaysement du droit à l'enseignement en raison de leur caractère «payant».

16. Dès lors le seul critère qui devrait permettre de définir ce qui relève du droit à l'enseignement, tel que garanti par l'article 24 de la Constitution, est celui de l'activité «obligatoire» par opposition à l'activité «facultative».

Les activités obligatoires peuvent se définir comme étant celles qui sont organisées pendant les périodes hebdomadaires de cours et d'activités éducatives. Elles se déroulent en dehors des périodes de vacances scolaires et pendant les jours de classe.

Dès lors que les activités se déroulent pendant ces périodes et qu'elles s'inscrivent dans le processus d'acquisition des compétences déterminées dans le décret de la Communauté française du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les

Légalité des refus opposés par l'Office des étrangers

atteindre (décret «missions»), elles seraient obligatoires et tomberaient dans le champ d'application de l'article 24 de la Constitution.

En effet, l'organisation de voyages et excursions scolaires semblent être des instruments permettant d'atteindre les objectifs fixés par la Communauté française en terme d'acquisition de compétences.

L'article 8 du décret précité prévoit, à cet égard, que :

«Pour atteindre les objectifs généraux visés à l'article 6 (du décret de la Communauté française du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre), les savoirs et les savoir-faire, qu'ils soient construits par les élèves eux-même ou qu'ils soient transmis, sont placés dans la perspective de l'acquisition de compétences. Celles-ci s'acquièrent tant dans les cours que dans les autres activités éducatives et, de manière générale, dans l'organisation de la vie quotidienne à l'école. À cet effet, la Communauté française, pour l'enseignement qu'elle organise, et tout pouvoir organisateur, pour l'enseignement subventionné, veillent à ce que chaque établissement :

1° mette l'élève dans des situations qui l'incitent à mobiliser dans une même démarche des compétences transversales et disciplinaires y compris des savoirs et savoir-faire y afférents;

2° privilégie les activités de découverte et de création;

(...)

5° fasse respecter par chaque élève l'obligation de participer à toutes les activités liées à la certification organisée par l'établissement, et d'accomplir les tâches qui en découlent;

(...)

6° suscite le goût de la culture et de la créativité et favorise la participation à des activités culturelles et sportives par une collaboration avec les acteurs concernés;

(...)».

Dès lors qu'ils s'inscrivent dans cette perspective, les voyages scolaires et excursions devraient faire partie intégrante du droit à l'enseignement, tel que garanti dans notre Charte fondamentale.

17. S'il peut raisonnablement être admis que les excursions et voyages scolaires font partie intégrante du droit à l'enseignement, il s'indique d'examiner la validité des décisions prises par l'Office des étrangers, refusant la participation aux voyages scolaires aux enfants en séjour irrégulier, au regard du droit des libertés publiques. Plus particulièrement, il s'indique de déterminer si la mise en œuvre des compétences en matière d'accès au territoire peut constituer une restriction admissible à l'exercice de la liberté de l'enseignement.

Il ressort, en effet, tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que de celle de la Cour d'arbitrage, que la restriction à une liberté n'est admissible que pour autant qu'elle poursuive un objectif légitime et que la mesure ainsi imposée soit proportionnelle à l'objectif poursuivi par le législateur.

A priori, il peut difficilement être contesté que le fait d'interdire l'accès au territoire à ceux qui n'y séjournent pas légalement revêt, en soi, un caractère légitime.

18. En matière de libertés publiques, cependant, on ne peut se contenter de raisonnements théoriques et abstraits. Afin de déterminer si une restriction à une liberté revêt un caractère admissible, il faut tenir compte de la situation réelle des bénéficiaires de cette liberté.

À ce propos, l'article 40 du décret de la Communauté française du 30 juin 1998 est lourd de signification. Il témoigne, en effet, d'une réalité objective, à savoir que nombre d'étrangers, parfois en famille, séjournent durablement sur le territoire national alors même qu'ils ne bénéficient pas d'un titre de séjour régulier. Cette réalité est d'ailleurs confirmée par le législateur fédéral lui-même qui a éprouvé la nécessité d'adopter une loi sur la régularisation.

C'est à la lueur de cette situation de fait incontestable, que la proportionnalité

des refus opposés par l'Office des étrangers et sa légalité peut être examinée.

Quelle est la situation de fait des mineurs dont question ?

Ils ne disposent d'aucun titre de séjour, mais en raison d'une pratique administrative, ils séjournent plus ou moins durablement sur le territoire national. En application des articles 24, §3 et 191 de la Constitution, ainsi que du droit de la Communauté française, ce séjour leur confère un droit à l'enseignement.

La mesure qu'ils sollicitent et qui leur est refusée par l'Office des étrangers n'a d'autre effet que de permettre l'exercice de ce droit. Elle ne leur confère aucun droit au séjour et, sur le plan de la législation sur l'accès au territoire, revêt un caractère neutre. En effet, elle ne modifie en rien la situation qui était la leur avant qu'ils ne sollicitent l'exercice plein et entier de leur droit à l'enseignement.

Pratiquement, le refus opposé par l'Office des étrangers ne met pas fin au séjour illégal des intéressés, et a pour seul «effet» de les priver de l'exercice d'une liberté publique. De plus, il aboutit à créer, dans l'exercice du droit à l'enseignement, une différence de traitement entre les enfants illégaux et les enfants qui séjournent régulièrement sur le territoire national. Or, cette différence de traitement ne trouve aucun fondement en droit interne, bien au contraire...

En conclusion, si l'Office des étrangers peut légitimement expulser des étrangers en séjour illégal, il ne pourrait pas, par contre, légitimement et dans le respect du principe de proportionnalité, priver des enfants, quels qu'ils soient, de l'exercice plein et entier de leur droit à l'enseignement. Il pourrait, dès lors, être soutenu que les refus de l'Office des étrangers ne paraissent pas légitime et revêtent, à tout le moins, un caractère disproportionné dès lors qu'ils sont adressés à une population particulièrement vulnérable – ils visent des enfants en séjour illégal – et n'ont d'autre «objet» ou «effet» que de les priver d'une liberté publique qui leur est reconnue en droit positif interne, nonobstant le caractère illégal de leur séjour...