

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre Présidente du Gouvernement de la Communauté française, le 10 février 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de décret "visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en oeuvre de discriminations positives", a donné le 30 mars 1998 l'avis suivant :

OBSERVATIONS PREALABLES

I. Imprécision du projet

Le Conseil d'Etat, qui est actuellement saisi d'un nombre considérable de projets pour lesquels l'urgence est également invoquée, n'a pu consacrer à l'examen du projet de décret le temps qui serait nécessaire. Il doit, dès lors, se limiter à formuler certaines observations essentielles.

Notamment, le Conseil d'Etat s'abstient de formuler des remarques de forme. Pourtant, la rédaction du projet est à ce point absconse que la sécurité juridique requiert que la plupart de ses dispositions soient réécrites afin d'en permettre une lecture plus intelligible.

En effet, de nombreuses dispositions contiennent des expressions imprécises qui devraient être clairement définies.

Il en est ainsi par exemple,

- à l'article 3, 2°, de l'adverbe "fréquemment";
- à l'article 4, § 1er, c), du mot "minimex" qui, n'existant pas dans le langage juridique, sera remplacé par les mots "minimum de moyens d'existence"; par ailleurs, le montant étant alloué, selon la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence, à une personne physique et non à une famille, la rédaction de la disposition précitée du projet sera revue;

.../...

- à l'article 4, § 2, des mots "accueilli majoritairement", "dans les dernières décennies" et "population immigrée";
- à l'article 4, § 4, alinéa 2, des mots "situation aggravante";
- à l'article 4, § 6, alinéa 2, des mots "établissements et implantations très prioritaires";
- à l'article 4, § 8, des mots "données relatives au fonctionnement interne de l'établissement";
- à l'article 5, 1°, a), deuxième tiret, des mots "pédagogie différenciée";
- à l'article 6, § 1er, alinéa 6, 5°, des mots "la qualité de l'accueil";
- à l'article 7, alinéa 1er, où il convient de préciser que les montants affectés s'expriment en francs; la même remarque vaut pour les articles 8, § 1er, alinéa 1er, 9, § 1er, 10, alinéa 1er, 11, § 1er, alinéa 1er, 12, § 1er, alinéa 1er, 36, § 1er, 56, 57, alinéa 1er, et 59, § 1er, alinéa 1er;
- à l'article 7, alinéa 1er, des phrases relatives à l'indexation des moyens financiers affectés aux écoles et implantations à discrimination positive; il convient de préciser la formule d'indexation et la date de celle-ci; la même remarque vaut pour les articles 8, § 3, 10, alinéa 1er, et 56.

.../...

- à l'article 9, § 3, des mots "groupe de pouvoirs organisateurs";
- à l'article 12, § 1er, alinéa 3, des mots "autant que faire se peut";
- à l'article 27, alinéa 2, des mots "situation de crise aiguë";
- à l'article 29, alinéa 2, des mots "le centre psychomédico-social intervient à l'égard des élèves et de leur famille" et à l'alinéa 3, des mots "accompagne et soutient";
- à l'article 31, alinéa 1er, des mots "situation de crise";
- à l'article 37, § 3, alinéa 2, des mots "situation conflictuelle aiguë";
- de l'article 64, alinéa 2, qui fixe la "date ultime" d'entrée en vigueur de l'arrêté visé à l'article 4, § 3, alinéa 2, au 1er septembre 1999.

L'absence d'observations concernant d'autres dispositions du projet ne signifie pas que les textes en projet ne soient ni critiquables, ni perfectibles. Dans un tel contexte, il va de soi que le silence gardé par la section de législation sur ces dispositions ne saurait servir d'élément d'interprétation du décret en projet.

.../...

II. Les formalités préalables

1. Le projet soumis au Conseil d'Etat ne contient pas d'arrêté de présentation. La section de législation du Conseil d'Etat doit cependant pouvoir vérifier si le projet de décret est bien présenté par le ministre compétent et respecte l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 16 décembre 1996 fixant la répartition des compétences entre les ministres du Gouvernement de la Communauté française (1).

Dès lors, il y a lieu d'ajouter un arrêté de présentation.

2. Invité à donner son accord sur l'avant-projet de décret, conformément à l'article 5 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 11 décembre 1995 relatif au contrôle administratif et budgétaire, le ministre qui a le Budget dans ses attributions écrit :

"je marque mon accord sur l'avant-projet de décret émargé, étant entendu qu'il y a lieu de tenir compte des observations de l'inspection des Finances qui visent à améliorer les mesures proposées."

Interrogé sur la suite donnée à cet accord conditionnel, le délégué de la Ministre Présidente répond :

(1) Pour un exemple récent relatif à un projet de décret précédé d'un arrêté de présentation de la Ministre Présidente de la Communauté française, voir l'avis L. 27.354/4 du 9 mars 1998 sur un avant-projet de décret "relatif aux centres de vacances".

"L'inspection des Finances avait fait des observations sur le contenu du texte : ce sont celles-là que vise le ministre du Budget. Il en a été tenu compte."

Les remarques formulées par les inspecteurs généraux des Finances sont les suivantes :

- "1) Même si le texte prévoit des dispositions permettant une certaine souplesse et un certain pouvoir d'appréciation, il conviendrait cependant d'employer autant que possible une terminologie plus précise que les expressions suivantes : "proposition importante d'élèves", "importante immigration", "nombre restreint d'établissements", "établissements, écoles et implantations très prioritaires", "petit nombre d'élèves". A défaut d'une plus grande précision, il faut s'attendre à des marchandages, pressions et finalement la dispersion des moyens, ce qui est contraire au but poursuivi.
- 2) Les critères permettant de déterminer les quartiers visés devraient être davantage précisés, ou à tout le moins fixés par un arrêté d'application.
- 3) Toutes les dispositions déterminant les moyens humains à mettre à la disposition de l'Administration, des Commissions et des services de remédiation sont illégales : il appartient en effet au pouvoir exécutif et non au pouvoir législatif de fixer les moyens nécessaires à l'exécution des décrets, en fixant notamment le cadre du personnel. De plus, ne s'agissant pas de mesures temporaires, il ne peut être procédé qu'à des recrutements statutaires par examen du SPR conformément aux principes généraux fixés par l'A.R. du 26 septembre 1994. Autrement dit, les dispositions autorisant des recrutements contractuels devraient être supprimées. En conséquence, l'Inspection des Finances propose de supprimer le dernier alinéa de l'article 7 ainsi que le 5ème alinéa de l'article 34.
D'autre part, pour les chargés de mission, le décret du 24 juin 1996 se suffit à lui-même pour assurer l'assistance nécessaire d'enseignants.

.../...

D'ailleurs, pour la gestion administrative de ces dossiers, il est plus que temps d'en revenir à du personnel statutaire connaissant les procédures administratives, plutôt que des agents contractuels n'ayant pas la vocation et la rigueur administratives.

C'est aussi une grande faiblesse du système actuel qu'il convient de corriger.

- 4) En outre, à propos de ces moyens humains et matériels qui seraient nécessaires pour l'application du décret, il devrait être possible d'éviter toute hausse des dépenses grâce à une meilleure réaffectation des ressources actuellement utilisées.
- 5) Les évaluations ex post de résultats des actions devraient s'effectuer de manière indépendante et ne peuvent être supervisées par la Commission des discriminations positives comme prévu à l'article 6, 5ème alinéa, 9°, car les membres de cette Commission risquent d'être à la fois juges et parties. Le cahier des charges devrait être établi non par la Commission mais par le Ministre compétent avec l'aide de son administration. L'Inspection des Finances pourrait d'ailleurs intervenir à cette occasion pour suivre ces études d'évaluation.
- 6) L'Inspection des Finances insiste une nouvelle fois pour que toutes les charges et tous les emplois supplémentaires qui sont ainsi créés par les mesures de discrimination positive, soient imputés directement et rigoureusement sur les allocations de base correspondantes et ce, dans un souci du respect du principe de la spécialité budgétaire, d'une meilleure transparence et d'une mesure plus exacte des écarts entre charges organiques et charges budgétaires. L'Inspection des Finances a déjà dû dénoncer tant de fois les imputations erronées sur les allocations ordinaires 11.03, 43.01 et 44.01.
- 7) Il va de soi que c'est l'Administration elle-même et non la Commission (où seraient représentés les 4 réseaux) qui doit établir les projets d'arrêtés, effectuer les engagements et la liquidation, et les contrôles comme pour toutes les subventions, ce qui signifierait que dans la mission de la

.../...

commission, il faut supprimer le 4° et qu'il faudrait corriger les articles 8, § 6 et 9, § 5, 10. Il devrait être précisé également que pour des justes motifs, le Gouvernement peut décider de ne pas suivre les avis relatifs aux répartitions proposées par la Commission (1).

- 8) A l'article 8, § 2, 3ème alinéa, 4° ainsi qu'à l'article 11, § 1er, 2ème alinéa il y a lieu de préciser que le coût d'une charge inclut toutes les charges patronales dues pour un temporaire, ainsi que les allocations familiales (sans quoi ces coûts risquent de provoquer des dérapages budgétaires).
- 9) Comme l'allocation de fin d'année représente environ 3 % de la masse salariale, elle est de l'ordre de 36.000 F bruts, ce qui signifierait que la prime de pénibilité pourrait varier de 18.000 F à 72.000 F environ et non pas de 9.000 F à 36.000 F. L'estimation de 20 millions risque dès lors d'être dépassée, ce qui réduirait les moyens des autres actions."

Il apparaît qu'il n'a été tenu compte de ces remarques que de manière très partielle. Ainsi, les objections ou suggestions figurant aux points 1), 3), 7), 8) et 10) n'ont pas été rencontrées.

Il convient donc que le ministre ayant le Budget dans ses attributions se prononce à nouveau, en cette qualité, sur l'avant-projet de décret.

(1) L'Inspection des Finances rappelle son souci du respect des principes démocratiques et constitutionnels selon lesquels c'est le Gouvernement qui exécute les décrets et non pas les Secrétariats des réseaux dont les représentants ne sont pas des élus.

OBSERVATIONS GENERALES

I. Structure et champ d'application du projet

1. L'avant-projet examiné est intitulé :

"Avant-projet de décret visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en oeuvre de discriminations positives."

Selon l'exposé des motifs,

"la réforme a pour principal objet :

- 1° de distinguer certains établissements ou implantations d'enseignement ordinaire fondamental et secondaire, organisés ou subventionnés par la Communauté française sur la base de critères définis ci-dessous et :
 - a) d'attribuer à ces établissements des moyens supplémentaires afin de soutenir les actions éducatives qu'ils mettent en oeuvre pour assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale;
 - b) d'assurer la coordination de ces moyens avec toute autre aide apportée à ces établissements par la Région de Bruxelles-capitale, la Région wallonne, l'Etat fédéral, l'Union européenne et tout organisme d'intérêt public;
- 2° pour tous les établissements visés par le décret "Missions" :
 - a) de favoriser la prévention du décrochage scolaire et de l'absentéisme;
 - b) de favoriser la prévention de la violence, avec une attention particulière aux établissements d'enseignement visés au 1°;

.../...

- c) d'organiser la scolarité des mineurs dont les parents séjournent illégalement sur le territoire."

Il convient donc de distinguer, d'une part, les dispositions qui ne s'appliqueront qu'à certains établissements scolaires dits "à discrimination positive" (article 4 de l'avant-projet) et, d'autre part, les dispositions qui s'appliqueront, conformément à l'article 1er du décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, aux établissements de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire ordinaires et spéciaux organisés ou subventionnés par la Communauté française.

Cependant, la structure de l'avant-projet ne permet pas de faire clairement le départ entre ces deux séries de normes. Il est divisé en deux titres intitulés respectivement "des discriminations positives dans l'enseignement fondamental et secondaire" et "des discriminations positives dans l'enseignement de promotion sociale". Mieux vaut consacrer un titre aux "discriminations positives" et un autre aux mesures applicables à l'ensemble des établissements d'enseignement fondamental et secondaire. Par ailleurs, certaines dispositions figurent dans des chapitres censés s'appliquer à cette dernière catégorie alors qu'au vu de leur contenu, elles ne sont destinées qu'aux établissements "à discrimination positive" (voir par exemple l'article 36).

.../...

Il convient donc de revoir la structure de l'avant-projet afin que les deux catégories de normes soient clairement distinguées.

2. Selon son article 1er, le Titre Ier de l'avant-projet de décret (1) s'applique aux établissements qui organisent l'enseignement visé à l'article 1er du décret du 24 juillet 1997, à savoir l'enseignement fondamental et l'enseignement secondaire ordinaires et spéciaux organisés ou subventionnés par la Communauté française.

Cependant, les articles 2 et 3 de l'avant-projet restreignent le champ d'application de celui-ci. En effet, seuls pourront bénéficier de "discriminations positives" les établissements, écoles et implantations d'enseignement ordinaire. L'enseignement spécial est donc exclu. Selon le délégué de la Ministre Présidente,

"les discriminations positives ne visent pas l'enseignement spécial pour la simple raison que celui-ci est entièrement dans son objet, et dans ses moyens, de discrimination positive."

A tout le moins, il apparaît que l'article 1er, d'une part, et notamment les articles 2 et 3, d'autre part, sont contradictoires. Cette contradiction doit être levée.

(1) Tel qu'il est rédigé, l'article 1er définit le champ d'application de l'ensemble du décret mais, comme en a convenu le délégué de la Ministre Présidente, il s'agit d'une erreur de plume. Il faut donc lire : "le présent titre ...". La même correction semble devoir être apportée, notamment, aux articles 2 et 3.

Plus fondamentalement, la justification avancée par le délégué de la Ministre Présidente révèle une méprise quant à la notion juridique de "discrimination positive", qui fera l'objet de la deuxième observation générale.

En outre, selon l'exposé des motifs, "le titre I est consacré à l'enseignement obligatoire" (p. 2). Cette affirmation est également contredite par le dispositif, puisque l'article 1er renvoie au décret du 24 juillet 1997 qui s'applique notamment à l'enseignement maternel. Si l'intention des auteurs du projet est bien de restreindre la portée de celui-ci à l'enseignement obligatoire, il faut modifier le dispositif en conséquence et justifier ce choix.

II. Les "discriminations positives"

3. L'avant-projet examiné vise notamment à instaurer des "discriminations positives". Selon l'exposé des motifs,

"le concept même de "discrimination positive" est l'objet de polémiques. Il est vrai que l'expression elle-même est provocatrice puisqu'elle utilise un mot, "discrimination", connoté comme la négation même de l'égalité des droits, qui, par l'effet du qualificatif "positif", qui lui est accolé, va prendre un sens diamétralement opposé et servir la cause de l'égalité.

Peu importe cette querelle philologique. Elle relève finalement du café du commerce. Qu'il nous suffise de rappeler, avec Littré, que la discrimination, c'est "la faculté de discerner, de distinguer". L'étymologie rattache le mot au latin "discriminare : discerner, distinguer, différencier". C'est bien ce que nous voulons faire."

.../...

Sans vouloir entrer dans la controverse relative à l'admissibilité, du point de vue juridique et philosophique, d'une politique de discrimination positive (1), il est néanmoins nécessaire de préciser la notion de "discrimination positive" et surtout de la séparer de la simple distinction qui consiste à traiter différemment certaines catégories de personnes parce qu'elles se trouvent dans des situations différentes (2).

La Cour d'arbitrage a été amenée à confronter les notions de distinction et de discrimination positive dans une espèce où elle devait connaître d'une différence de traitement entre les hommes et les femmes en matière de revenu minimum garanti aux personnes âgées.

(1) Voir à cet égard, notamment, O. DE SCHUTTER, "Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis", Rev. trim. dr. h., 1991, pp. 347-368; B. RENAULD, "Les discriminations positives, plus ou moins d'égalité ?", Rev. trim. dr. h., 1997, pp. 425-460; C. VROOM, "Principe d'égalité et "affirmative action" aux Etats-Unis, A propos de l'arrêt de la Cour suprême "Adarand construction Co. v. Pena, Secretary of Transportation et al.", Rev. fr. dr. const., 1995, pp. 805-822.

(2) Le mot "discrimination" a pris un sens particulier depuis que, s'inspirant de l'article 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage a réservé ce mot pour désigner une inégalité interdite. L'expression "discrimination positive" contient donc nécessairement dans le vocabulaire juridique et politique actuel une antinomie. Il s'ensuit que son usage emporte inévitablement un effet stylistique - que d'ailleurs l'exposé des motifs souligne. Pour cette raison, il est préférable de ne pas recourir à une telle expression dans un texte législatif.

La Cour rappelle tout d'abord sa définition traditionnelle de la distinction admissible :

"Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé." (1).

Elle aborde ensuite les conditions auxquelles des discriminations positives seraient admissibles au regard des règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination :

"Le Conseil des ministres fait valoir qu'en raison des «héritages du passé», qui jouent au détriment des femmes, il n'est nullement en contradiction avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes de maintenir certaines différenciations en faveur des femmes pendant le temps qui, selon une appréciation raisonnable, sera nécessaire pour effacer les handicaps dont elles ont souffert.

L'on peut certes admettre que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdic-

(1) C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, Rec., p. 194, considérant B.3.

tion de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui. Il appartient aux cours et tribunaux, au Conseil d'Etat et à la Cour d'arbitrage, selon le cas, de contrôler la conformité de telles mesures aux conditions précitées." (1).

La discrimination positive se caractérise donc notamment par le fait qu'elle vise à remédier à une inégalité existante. L'objectif de la législation est la disparition de cette inégalité.

Il en résulte que le législateur qui entend mener une politique de discrimination positive doit énoncer clairement le but poursuivi, prendre des mesures qui permettent d'atteindre ce but. Dès lors, par nature, ces mesures doivent être temporaires. Le législateur doit donc mettre en place des instruments d'évaluation de manière à évaluer l'efficacité des mesures et à pouvoir y mettre fin lorsque l'inégalité combattue a disparu.

4. Le texte de l'avant-projet n'énonce pas quelles sont les inégalités qu'il entend combattre. Selon l'article 3, 1°, les discriminations positives ont pour objectif

(1) C.A., op. cit., p. 195, considérants B.6.1. et B.6.2.

"de soutenir les actions éducatives (que les établissements) mettent en oeuvre en vue d'assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale".

Il est néanmoins permis de déduire de l'économie du projet que l'objectif est de rétablir le niveau scolaire de certains établissements et d'y réduire la violence (1). En tout état de cause, le législateur doit énoncer avec clarté les objectifs poursuivis. C'est en effet à l'aune de ceux-ci que pourra être appréciée la constitutionnalité, au regard de l'article 24, § 4, de la Constitution, des critères de distinction retenus et des mesures envisagées.

Les mesures contenues dans l'avant-projet ne semblent pas provisoires. Aucune disposition de l'avant-projet ne le laisse supposer. Au contraire, il apparaît qu'elles sont destinées à perdurer. Ainsi, selon le délégué de la Ministre Présidente,

"les discriminations positives ne visent pas l'enseignement spécial pour la simple raison que celui-ci est entièrement dans son objet, et dans ses moyens, de discrimination positive."

Pas plus que les établissements d'enseignement spécial, les établissements "à discrimination positive", ne sont donc destinés à disparaître. En outre, à côté des établissements "à discrimination positive", seront reconnus des établissements "très prioritaires". A lire le commentaire des articles, sous l'article 13, la notion d'établissement très prioritaire, à la différence de celle d'établissement à discrimination positive, pourrait être temporaire :

(1) Selon le délégué de la Ministre Présidente, "l'auteur du projet estime que la priorité absolue dans l'enseignement secondaire est la prévention de la violence".

"notre objectif, c'est que ces écoles se transforment, qu'il reste des écoles à discrimination positive mais qu'aucune ne soit qualifiée, pour des raisons internes, de très prioritaire. Mais en attendant, elles sont là.".

L'article 6, § 2, de l'avant-projet dispose que

"le Gouvernement fait évaluer tous les trois ans l'ensemble des actions de discrimination positive, notamment par le biais de recherches en éducation. A la demande du Gouvernement, la Commission (des discriminations positives) apporte son concours à ces travaux de recherche." (1).

S'agissant d'un élément fondamental d'une législation de discrimination positive, cette seule disposition, qui ne fait l'objet d'aucun commentaire dans l'exposé des motifs, ne peut satisfaire au prescrit de l'article 24, § 5, de la Constitution. Il appartient, en effet, au législateur de définir avec précision cette évaluation, ce qui suppose : énoncer clairement les objectifs poursuivis, élaborer des instruments de mesure, désigner les personnes ou organes chargés de l'évaluation, ...

Au vu de ces différents éléments, il appartiendra au législateur de se déterminer. Soit il entend mener une politique de discrimination positive au sens juridique du terme. Alors, pour se conformer aux critères arrêtés par la Cour d'arbitrage, il devra identifier clairement les inégalités existantes, énoncer le but poursuivi qui sera la

(1) L'article 4, § 9, de l'avant-projet, prévoit également une évaluation, qui est cependant seulement destinée à permettre une actualisation de la liste des établissements bénéficiant des "discriminations positives".

disparition de ces inégalités, prendre des mesures provisoires, destinées à disparaître lorsque le but sera atteint, ce qui suppose l'organisation d'une évaluation. Soit il entend appliquer à certains établissements des mesures spécifiques, qui sont destinées à prendre en compte les caractéristiques propres à ces établissements, mais qui n'ont pas pour objectif de supprimer des inégalités. Dans ce cas, ces mesures, qui ne seraient pas provisoires, ne seraient pas à proprement parler des discriminations positives.

5. Que le législateur entende simplement distinguer certains établissements ou leur appliquer une politique de discrimination positive, il convient d'apprécier les critères retenus pour déterminer les établissements qui bénéficieront des mesures envisagées.

L'article 4, § 1er, de l'avant-projet retient des critères externes aux établissements scolaires, à savoir le "niveau socio-économique" des quartiers d'où sont issus les élèves fréquentant ces établissements (1).

Selon le commentaire des articles,

"les critères retenus pour le soutien par le décret de l'Ecole de la réussite (le décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans

(1) L'article 4, § 2, dispose que "l'enquête relative à la typologie socio-économique prend également en compte, pour autant que cet indice corrobore le résultat de l'application des critères socio-économiques, le fait que ces quartiers ont accueilli majoritairement, dans les dernières décennies, une population immigrée". Ce critère ne sera donc retenu que s'il est sans incidence.

l'enseignement fondamental) nous sont apparus comme accordant une importance beaucoup trop grande aux critères internes aux écoles par rapport à ceux qui caractérisent les quartiers.".

Invité à justifier cette option, le délégué de la Ministre Présidente a fait valoir que cette question "relève à notre sens de l'opportunité" et n'a, dès lors, pas répondu.

Si le choix des objectifs assignés à une réglementation relève de l'opportunité, le contrôle des critères de distinction est l'élément essentiel du contrôle exercé par la Cour d'arbitrage en matière d'égalité et de non-discrimination. Dès son premier arrêt rendu en cette matière, la Cour d'arbitrage a en effet dit pour droit :

"Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé." (1).

Comme cela a été rappelé plus haut, la Cour d'arbitrage semble attacher encore plus d'importance au contrôle des critères en cas de discrimination positive :

(1) C.A., arrêt n° 21/89 du 13 juillet 1989, considérant B.4.5.b. Sur les variations de cette formule, voir J. SAROT, P. VANDERNOOT et E. PEREMANS, «Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage», Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 699-701.

"Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée." (1).

Il reviendra au législateur décretal d'apprécier et de justifier le caractère objectif et raisonnable des critères retenus.

Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur la nécessité de préférer des critères internes, même pondérés par des critères externes, dans la définition des établissements scolaires qui doivent bénéficier d'inégalités correctrices. En effet, ces critères correspondent directement aux objectifs scolaires poursuivis, ce qui n'est pas le cas des critères externes (caractère socio-économique des quartiers) sur lesquels la Communauté française n'a aucune prise et qui n'assignent aucune limite temporelle aux mesures envisagées.

D'une part, une telle méthode éviterait de devoir mettre en place des mécanismes correcteurs, fondés sur des critères internes tels que ceux visés à l'article 4, §§ 4 et 6, de l'avant-projet. D'autre part, cela faciliterait l'évaluation des actions menées, puisque les instruments de mesure destinés à sélectionner les établissements bénéficiaires pourraient également être utilisés pour apprécier l'efficacité des mesures adoptées.

(1) C.A., arrêt n° 9/94, précité.

Ensuite, en retenant des critères externes, l'avant-projet court le risque de stigmatiser la population des quartiers défavorisés. Implicitement, l'avant-projet postule qu'il y a un lien nécessaire entre la pauvreté de l'entourage de l'élève, d'une part, le faible niveau scolaire de ce dernier et la violence dont il fait preuve, d'autre part.

Les dispositions de l'avant-projet doivent non seulement respecter le principe d'égalité visé à l'article 24, § 4, de la Constitution; elles doivent également respecter l'article 24, § 5, de la Constitution. Comme la section de législation a eu l'occasion de le rappeler à de multiples reprises (1), si l'article 24, § 5, de la Constitution ne prohibe pas que des délégations soient, en matière de subventionnement de l'enseignement, consenties en faveur du Gouvernement, ces délégations ne peuvent porter que sur la mise en oeuvre de principes arrêtés par le législateur lui-même. A travers elles, le Gouvernement ne peut combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options non suffisamment détaillées. L'article 4 de l'avant-projet ne satisfait manifestement pas à cette exigence constitutionnelle. Notamment :

- selon le paragraphe 1er et le paragraphe 3, alinéa 3, le Gouvernement arrête le niveau socio-économique et les proportions visées au paragraphe 1er, alinéa 1er. Selon

(1) Voir récemment l'avis L. 27.068/2 du 4 novembre 1997 sur un avant-projet de décret "fixant les critères permettant de déterminer les écoles pouvant bénéficier de la solidarité entre écoles de l'enseignement fondamental ordinaire", Doc. C.C.F., 1997-1998, n° 203/1.

le paragraphe 4, alinéa 2, le Gouvernement arrête le pourcentage de retard externe. Aucune indication ne guide toutefois le Gouvernement dans la détermination de ces éléments essentiels;

- selon le paragraphe 7, le Gouvernement peut distinguer des établissements et écoles très prioritaires. Aucun critère ne lui est imposé.

La procédure de sélection prévue à l'article 4 de l'avant-projet est particulièrement complexe et fait intervenir de nombreuses institutions. Elle ne dispense toutefois pas le législateur d'arrêter les principes qui devront être mis en oeuvre.

6. Les articles 7 à 9 définissent les "moyens humains" (1) et les "moyens matériels" octroyés aux établissements à "discrimination positive" de l'enseignement fondamental. Les articles 10 et 12 font de même pour l'enseignement secondaire.

Selon le délégué de la Ministre Présidente, "les aides sont toujours attribuées aux établissements". Il ne suffit toutefois pas d'être déclaré établissement scolaire

(1) Dans son avis L. 23.391/2 du 7 juin 1994 sur le projet devenu le décret du 27 octobre 1994 organisant la concertation pour l'enseignement secondaire, le Conseil d'Etat faisait l'observation suivante : "il convient en tout cas d'omettre les mots "moyens humains" car il serait heurtant que, dans un texte normatif, des êtres humains soient mis sur le même plan que des choses ou des moyens matériels" (Doc. C.C.F., 1993-1994, n° 170/1, p. 15).

"à discrimination positive" conformément à l'article 4 de l'avant-projet pour obtenir des moyens supplémentaires. Ceux-ci seront, en effet, préalablement regroupés en quatre enveloppes correspondant à quatre "réseaux" : l'enseignement de la Communauté française, l'enseignement officiel subventionné, l'enseignement libre subventionné de caractère confessionnel et l'enseignement libre subventionné de caractère non confessionnel (voir les articles 8, § 1er, alinéa 1er, 9, § 2, 11, § 1er, alinéa 3, 12, § 2).

Les "moyens humains" seront attribués aux établissements sur la base de projets soumis par ceux-ci aux organes représentant ces "réseaux", à savoir, selon les cas, les comités de coordination visés à l'article 17 du décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans l'enseignement fondamental (article 8, § 1er, alinéa 2, et § 5), les conseils de zone visés à l'article 14 du même décret (article 8, § 4), les organes de représentation et de coordination visés à l'article 74 du décret du 24 juillet 1997 (article 11, §§ 3 et 4). Les "moyens humains" font l'objet d'un "arrêté unique par réseau" (articles 8, § 6, 11, § 5). Interrogé sur la signification de cette dernière notion, le délégué de la Ministre Présidente a répondu :

"un arrêté unique par réseau est un arrêté qui reprend l'ensemble des subventions attribuées concernant un réseau déterminé."

Les "moyens matériels" sont attribués aux établissements sur la base de projets soumis par ceux-ci à la Commission des discriminations positives (articles 9, §§ 3 et 4, et 12, §§ 3 et 4).

.../...

L'exposé des motifs ne contient aucune explication ni justification relativement à cette procédure d'attribution des moyens. Il convient, à tout le moins, de justifier le fait que les moyens soient répartis entre les "réseaux" (et accessoirement pourquoi distinguer quatre "réseaux") et non directement aux établissements "à discrimination positive" en fonction de critères objectifs tels que le nombre d'élèves, le degré de retard scolaire ou le taux de violence. Il faut, en effet, rappeler que l'adhésion des pouvoirs organisateurs aux différents organes représentant les "réseaux" est libre (1). Or, si l'avant-projet de décret détermine à quoi seront affectés les moyens, il ne contient aucune indication qui guiderait ces organes dans la sélection des projets et donc des établissements qui bénéficieraient des moyens. Ainsi, un établissement confessionnel, par exemple non catholique, qui n'adhérerait pas au Secrétariat général de l'enseignement catholique (Segec) verrait néanmoins son projet évalué par celui-ci.

Ces dispositions doivent être fondamentalement revues afin de garantir le respect de l'article 24, §§ 4 et 5, de la Constitution.

7. Ces observations valent, mutatis mutandis, pour le titre II de l'avant-projet.

(1) Voir notamment l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat L. 26.242/2 du 23 avril 1997 sur l'avant-projet devenu le décret du 27 juillet 1997, Doc. C.C.F., 1996-1997, n° 152/1, pp. 74-75. Voir également le commentaire des articles du même projet, Doc. C.C.F., op. cit., p. 16.

III. L'article 24, § 5, de la Constitution

L'article 24, § 5, de la Constitution dispose :

"L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret."

Selon la Cour d'arbitrage,

"cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver aux pouvoirs législatifs le soin de régler les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement. L'article 17, § 5 (article 24, § 5, nouveau) de la Constitution ne prohibe cependant pas que des délégations soient données en la matière à l'Exécutif. Toutefois, ces délégations ne peuvent porter que sur la mise en oeuvre des principes arrêtés par le législateur lui-même. A travers elles, l'Exécutif ne saurait combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options non suffisamment détaillées." (1).

Outre les délégations contenues au titre premier, chapitre II, qui viennent d'être relevées (voir le point 5, ci-avant), les dispositions suivantes du décret en projet contiennent des délégations excessives au Gouvernement, parce qu'elles ne précisent pas suffisamment les modalités de mise en oeuvre de ces délégations :

(1) C.A., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, Rec., p. 392, considérants B.5.1 et B.5.2 Voyez également, pour une jurisprudence récente en matière de statut du personnel directeur et enseignant, C.A., arrêt n° 80/97 du 17 décembre 1997.

- l'article 28, qui habilite le Gouvernement à arrêter les modalités selon lesquelles les membres du personnel bénéficient d'une assistance en justice et d'une assistance psychologique;
- l'article 32, alinéa 4, qui habilite le Gouvernement à déterminer la nature et la durée des absences qui sont considérées comme injustifiées, ainsi que la nature et la durée des absences dont la justification peut être laissée à l'appréciation du chef d'établissement;
- l'article 41, qui habilite le Gouvernement à déterminer les modalités de prise en compte, pour le calcul de l'encadrement et des subventions, des mineurs séjournant illégalement sur le territoire.

Les dispositions citées ci-dessus doivent être revues afin de préciser les modalités des délégations projetées.

IV. La répartition des compétences

9. Selon son article 2, 1°, c), l'avant-projet a notamment pour objet

"d'assurer la coordination des moyens susvisés avec toute autre aide apportée à ces établissements par la Région de Bruxelles-capitale, la Région wallonne, l'Etat fédéral, l'Union européenne et tout organisme d'intérêt public" (voir également, notamment, les articles 7, alinéa 2, et 10, alinéa 2).".

.../...

Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a rappelé, notamment dans son avis L. 26.248/1 du 1er avril 1997 sur un projet de loi "créant un programme de mise à disposition de chercheurs scientifiques au bénéfice des établissements d'enseignement universitaire et des établissements scientifiques fédéraux",

"le "fédéralisme financier" constitue l'un des principes essentiels qui caractérisent la réforme de l'Etat belge. Il implique que les pouvoirs dont sont investis l'Etat fédéral, les communautés ou les régions, pour effectuer des dépenses dans le cadre de leur politique publique ou sous la forme de subventions octroyées à des institutions de droit public ou de droit privé, sont subordonnés à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés, sous la réserve des exceptions éventuelles prévues par la Constitution ou la loi spéciale." (1).

Dès lors, il ne revient pas à la Région de Bruxelles-capitale, à la Région wallonne ou à l'Etat fédéral d'intervenir dans le financement des établissements scolaires au titre de l'enseignement. Si ces autorités attribuent des moyens aux établissements scolaires au titre de leurs propres compétences, il ne revient pas à la Communauté française d'en assurer la coordination.

(1) Doc. parl., Chambre 1996-1997 n° 1022/1. Cet avis renvoie notamment à des avis du 25 janvier 1984 (Doc. parl., Chambre, 834 (1983-1984), n°1, pp. 27-29 et 42-46; ibidem, 834 (1983-1984), n° 10) et du 13 octobre 1992 (Doc. parl., Sénat, 526-1 (1992-1993), pp. 158-159).

10. Les articles 5, 1°, c) et f), 6, § 1er, alinéa 6, 2°, 7, alinéa 2, 10, alinéa 2, 12, § 1er, alinéa 5 et 14, notamment, prévoient la possibilité d'engager des agents contractuels subventionnés ou des agents contractuels dans le cadre d'un programme de transition professionnelle, en collaboration avec les régions.

L'engagement d'agents contractuels subventionnés en collaboration avec les régions ne pourrait se faire que dans le cadre d'un accord de coopération visé à l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

Il existe un accord de coopération du 3 juillet 1997 entre la Région wallonne, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif au programme de transition professionnelle. A ce jour, le Conseil de la Communauté française et le Conseil de la Communauté germanophone n'ont cependant toujours pas adopté de décret portant approbation de cet accord. Celui-ci n'est donc toujours pas entré en vigueur (1). En tout état de cause, les dispositions de l'avant-projet prévoyant de tels engagements auraient dû faire l'objet de la concertation visée à l'article 6, § 3bis, 1°, de la loi spéciale précitée.

(1) Sur les autres difficultés suscitées par cet accord, voir l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat L. 27.008/2 du 12 novembre 1997, Doc. C.R.W., 1997-1998, n° 325/1.

11. Les articles 20 à 24 de l'avant-projet entendent régler l'accès aux établissements scolaires, notamment, selon le commentaire de l'article 21, en accordant "aux établissements la protection attachée au domicile privé" (voir également l'article 24 de l'avant-projet).

L'article 21, § 1er, détermine notamment les conditions dans lesquelles les officiers de police judiciaire, les officiers du ministère public, les services de police et de gendarmerie peuvent pénétrer dans les établissements scolaires.

En vertu de l'article 15 de la Constitution,

"aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit."

La Communauté ne pourrait donc envisager de régler une telle matière qu'en se fondant sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980; encore faudrait-il que les dispositions envisagées apparaissent nécessaires à l'exercice de la compétence de la Communauté et qu'il puisse être justifié que sont remplies les conditions requises pour que le recours audit article 10 soit compatible avec le régime des compétences exclusives; force est de constater que

.../...

l'exposé des motifs ne contient pas d'explication à ce sujet (1).

12. En vertu de l'article 87, § 5, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980,

"les règles relatives aux relations entre les autorités publiques et les organisations syndicales des agents relevant de ces autorités, ainsi qu'avec les membres de ces organisations syndicales, relèvent en ce qui concerne les Communautés (...) et les personnes de droit public qui en dépendent, y compris l'enseignement, (...), de la compétence de l'autorité nationale.".

La Communauté française n'est donc pas compétente pour disposer, comme elle le fait à l'article 8, § 2, alinéa 3, 5°, du décret en projet, que

"l'utilisation du capital-périodes supplémentaire est fait après avoir procédé à la concertation avec les organisations syndicales représentatives",

ni pour régler la manière dont cette concertation se déroulera. Ainsi n'est-elle pas compétente pour décréter que celle-ci se déroulera, dans l'enseignement officiel subventionné, au sein des commissions paritaires centrales et

(1) Voir dans ce sens, notamment, l'avis L. 25.119/9 du 16 avril 1996 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif aux maisons de repos pour personnes âgées", Doc. C.R.W., 1996-1997, n° 213/1; l'avis L. 25.969/2 du 26 mai 1997 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à la surveillance et contrôle des législations relatives à la politique de l'emploi ainsi qu'à la reconversion et au recyclage professionnels", Doc. C.R.W., 1997-1998, n° 319/1.

locales, ce qui revient à ôter aux organisations syndicales les prérogatives qui leur sont reconnues par la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, et ses arrêtés d'exécution.

Les alinéas 3, 5°, et 4 de l'article 8, § 2, doivent, dès lors, être omis. La même remarque vaut pour l'article 11, § 2, alinéa 3.

V. De certains faits graves de violence pouvant justifier l'exclusion

13. L'article 25 de l'avant-projet énumère 10 faits graves de violence qui peuvent justifier l'exclusion définitive prévue aux articles 81 et 89 du décret du 24 juillet 1997.

Interrogé sur la portée juridique d'une telle liste, le délégué de la Ministre Présidente répond :

"comme l'indique on ne peut plus explicitement la phrase liminaire, la liste n'est qu'une indication qui crée la possibilité de sanction."

Il en résulte que la disposition projetée n'ajoute rien aux articles 81 et 89 du décret du 24 juillet 1997 qui permettent l'exclusion si

"les faits dont l'élève s'est rendu coupable portent atteinte à l'intégrité physique, psychologique ou morale d'un membre du personnel ou d'un élève, compromettent l'organisation ou la bonne marche de l'établissement ou lui font subir un préjudice matériel ou moral grave."

.../...

Notamment, cette disposition ne dispense nullement l'autorité compétente d'apprécier la proportionnalité de la sanction à la gravité du fait (1). Autrement dit, il ne suffit pas de constater qu'un fait visé à l'article 25 de l'avant-projet a été commis pour que l'exclusion soit justifiée.

L'article 25 risque de favoriser dans les décisions disciplinaires une motivation qui lierait la sanction disciplinaire à des faits qui sont eux-mêmes incriminés par la loi pénale. Une telle motivation fragiliserait la décision disciplinaire; l'autorité disciplinaire pourrait voir sa responsabilité mise en cause si le juge pénal venait à apprécier différemment les faits sur la base desquels la sanction disciplinaire a été prononcée (2).

Pour toutes ces raisons, les articles 25 et 26 doivent être omis.

(1) Sur cette obligation, voir notamment J.-M. DERMAGNE, "le droit scolaire", Journal des Procès, n° 333, 1997, pp. 27-30.

(2) D. BATSELE, "Le régime disciplinaire", dans : J. SAROT (dir.), Précis de fonction publique, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 420; Ph. BOUVIER, Cours de droit administratif, Institut de formation de l'administration fédérale, 1997, p. 60.

VI. Le service de médiation scolaire

14. L'article 34 de l'avant-projet institue un service de médiation scolaire. Interrogé sur la nature juridique exacte de ce service, le délégué de la Ministre Présidente a répondu : "celle qui est créée par le présent projet de décret". Cependant, ni le dispositif ni l'exposé des motifs ne la précisent.

Soit les auteurs du projet entendent créer un service du Gouvernement au sens de l'article 87 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 . Dans ce cas, il revient au Gouvernement et non au Conseil de le créer.

Soit il s'agit d'un service créé par le législateur décréteil. Dans ce cas, il appartient à celui-ci de déterminer la nature juridique du service de médiation et de se conformer à l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 qui dispose :

"dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les communautés et les régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital.

Le décret peut accorder aux organismes précités la personnalité juridique et leur permettre de prendre des participations en capital. Sans préjudice de l'article 87, § 4, il en règle la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle."

.../...

Le législateur décréteil doit donc se conformer à l'article 87, § 4, de la loi spéciale, qui renvoie à l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communautés et de Régions et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent. Il résulte notamment de l'article 2 de cet arrêté que les médiateurs ne peuvent être engagés sous contrat de travail (1). L'article 35, alinéa 1er, sera revu en conséquence. Il conviendra, en outre, de fixer le statut de ce personnel (2). Il est également rappelé que les fonctions de médiateurs et de coordonnateurs, étant des emplois publics, sont visées par l'article 10 de la Constitution qui consacre le principe de l'égal accès aux emplois publics. Celui-ci suppose que soient organisées, à tout le moins, des mesures de publicité et une procédure permettant de comparer les titres et mérites des différents candidats.

-
- (1) En effet, de tels contrats ne peuvent être conclus que dans des hypothèses énumérées restrictivement à l'article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 (voir l'avis L. 24.949/9 du 25 mars 1996 sur un avant-projet de décret portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française, Doc. C.C.F., 1995-1996, n° 104/1).
- (2) Le législateur devra notamment préciser si, par l'article 37, § 4, de l'avant-projet, il entend soumettre les médiateurs à l'article 458 du Code pénal relatif à la violation du secret professionnel.

.../...

Il résulte également de l'article 9 de la loi spéciale qu'il appartient au législateur décretaal de régler de façon actuelle et complète la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle du service de médiation. Dans ces matières, aucun pouvoir normatif ne peut être délégué au Gouvernement; il n'est fait exception à ce principe que pour les mesures de détail ou de simple exécution (1).

Selon l'article 34, alinéa 3, de l'avant-projet,

"le service de médiation est placé sous l'autorité de la Commission des discriminations positives."

Selon l'article 37, § 1er, alinéa 1er,

"les médiateurs et les coordonnateurs sont placés sous l'autorité hiérarchique du Président de la Commission des discriminations positives."

Il apparaît toutefois que cette commission, instituée par l'article 6 de l'avant-projet, n'est elle-même soumise à aucun contrôle. Les exigences de l'article 9 de la loi spéciale en matière de contrôle ne sont donc pas rencontrées (2).

(1) Voir dans ce sens, notamment, l'avis L. 24.949/9 précité.

(2) Selon l'exposé des motifs du projet devenu la loi spéciale du 8 août 1988, le mot contrôle "vise aussi bien la tutelle et le contrôle hiérarchique sur les personnes morales et organes de droit public que le contrôle des entreprises privées auxquelles l'autorité est associée" (Doc. parl., S.E. 1988, n° 516/1, cité in Pasin., 1988, p. 767).

Selon l'article 37, § 2, de l'avant-projet, les missions des médiateurs sont fixées par l'article 34, par leur charge de mission ou par les obligations de leur contrat. L'article 34, alinéa 2, de l'avant-projet ne contient qu'une définition de la notion de médiation scolaire. Les obligations des médiateurs devront être définies dans leur statut. Il en résulte que l'article 37, § 2, de l'avant-projet ne suffit pas à définir de manière actuelle et concrète la compétence du service de médiation.

VII. La scolarité des mineurs séjournant illégalement sur le territoire

15. Selon l'article 40 de l'avant-projet,

"les mineurs séjournant illégalement sur le territoire, pour autant qu'ils y accompagnent leurs parents ou la personne investie de l'autorité parentale, peuvent être admis dans les établissements."

Telle qu'elle est rédigée, cette disposition semble interdire l'admission d'un mineur non accompagné dans un établissement scolaire. Ce ne semble cependant pas être la volonté des auteurs du projet. En effet, le commentaire des articles se réfère à l'article 63 de la loi du 8 juillet 1976 relative à l'aide sociale pour considérer que le chef d'établissement doit veiller à ce qu'un mineur non accompagné soit pris en charge par le CPAS (1). Il reviendrait alors au CPAS de veiller à la scolarité du mineur.

(1) Voir à ce propos S. SAROLEA, "Demandeurs d'asile mineurs non accompagnés", J.D.J., 1996, pp. 165-166.

En outre, l'exclusion des mineurs non accompagnés du bénéfice des articles 40 à 42 de l'avant-projet constituerait une discrimination manifestement incompatible avec les articles 24, § 4 et 191 de la Constitution (1) combinés notamment avec l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 20, 22 et 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989.

Dès lors, il convient d'omettre dans l'article 40 de l'avant-projet les mots ", pour autant qu'ils y accompagnent leurs parents ou la personne investie de l'autorité parentale,".

VIII. Attribution de compétences au ministre ou à l'administration

16. En plusieurs dispositions (voir notamment les articles 8, § 6, alinéa 2, 1° et 9, § 5, 1°), le décret en projet charge des services administratifs de tâches d'exécution des dispositions législatives. D'autres dispositions attribuent des compétences au "ministre" (voir notamment les articles 30 et 31).

(1) Voir à ce propos, notamment, J. SAMBON, "Droit à l'enseignement et droit à l'inscription", J.D.J., 1998, p. 13.

La section de législation du Conseil d'Etat a rappelé à maintes reprises (1) que les articles 20, 68, 69 et 87, § 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 s'opposent à ce que le législateur décrète attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre ou à l'administration. Il appartient, en effet, au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services. Les dispositions précitées doivent donc être revues afin de se conformer à ces principes.

IX. Intégration dans la législation existante

17. L'avant-projet a notamment pour objet d'intégrer l'ensemble des mesures de discrimination positive adoptées de manière éparse (voir en ce sens le commentaire de l'article 16).

L'avant-projet se substitue donc notamment aux articles 10 et 11 du décret du 27 octobre 1994 organisant la concertation pour l'enseignement secondaire et aux articles 8 et 9 du décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans l'enseignement fondamental (voir les articles 47 à 50 de l'avant-projet). L'avant-projet fait toutefois intervenir des organes institués par ces décrets. Le Conseil d'Etat croit devoir attirer l'attention des auteurs du projet sur le fait que de nombreuses mesures d'exécution de ces décrets n'ont toujours pas à ce

(1) Voir notamment l'avis L. 26.242/2 du 23 avril 1997 sur l'avant-projet devenu le décret du 27 juillet 1997, op. cit., p. 75.

jour été adoptées par le Gouvernement de la Communauté française (voir notamment les articles 10, 13, 14 et 18 du décret du 14 mars 1995).

Par ailleurs, la Communauté française a adopté, le 22 décembre 1997, un décret fixant les critères permettant de déterminer les écoles pouvant bénéficier de la solidarité entre écoles de l'enseignement fondamental ordinaire (Moniteur belge du 26 février 1998). Ce décret se fonde sur l'article 8 du décret du 14 mars 1995 qui est abrogé par l'article 49 de l'avant-projet. Il devra être modifié en conséquence.

18. L'article 29 attribue de nouvelles compétences aux centres psycho-médico-sociaux. Les articles 30 et 31 attribuent de nouvelles compétences aux institutions de l'aide à la jeunesse.

Du point de vue de la méthode suivie, le Conseil d'Etat estime que, plutôt que d'envisager l'adoption de ces dispositions dans des textes autonomes par rapport, d'une part, à la loi du 1er avril 1960 relative aux centres psycho-médico-sociaux et d'autre part, au décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, mieux vaut, dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, réunir dans un seul décret toutes les dispositions relatives au fonctionnement des mêmes institutions (1). Ce faisant, les auteurs du projet pourraient s'assurer de la parfaite compatibilité des dispositions projetées avec les normes existantes.

(1) Voir en ce sens l'avis L. 23.390/9 du 26 octobre 1994 sur un projet de décret portant coordination de la lutte contre la maltraitance des enfants.

19. De nombreuses dispositions du projet reproduisent ou paraphrasent des textes existants, y dérogent ou les modifient implicitement.

Il en est ainsi, par exemple,

- de l'article 13, alinéa 2, du projet, qui déroge à l'article 9 de l'arrêté royal du 30 décembre 1959 relatif aux congés de maladie et de maternité des membres du personnel de l'enseignement de l'Etat;
- de l'article 13, alinéas 3 et 4 du projet, qui déroge à l'article 4 de l'arrêté royal du 15 avril 1977 fixant les règles et les conditions de calcul du nombre d'emplois dans certaines fonctions du personnel auxiliaire d'éducation et du personnel administratif des établissements d'enseignement secondaire et d'enseignement supérieur;
- des articles 18 et 19 du projet qui allouent une priorité dans les changements d'affectation aux membres du personnel directeur, enseignant et auxiliaire d'éducation qui ont été en service dans un établissement bénéficiant du régime des discriminations positives pendant dix années au moins; ces dispositions modifient implicitement :
 - les articles 33, 48, 80 et 94 de l'arrêté royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements d'enseignement gardien, primaire, spécial, moyen, technique et artistique de l'Etat, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la surveillance de ces établissements;

.../...

- le titre premier, chapitre III, section III, intitulé "Engagement à titre définitif et mutation", du décret du 1er février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés par l'enseignement libre subventionné, ainsi que les articles 48 et 55 du même décret;
- les articles 28, 29, 37, 38, 45 et 46 du décret du 6 juin 1994 fixant le statut des membres du personnel subsidié de l'enseignement officiel subventionné;
- de l'article 27 du projet, qui modifie implicitement les dispositions du décret du 16 juillet 1993 relatif à la formation en cours de carrière des membres du personnel des établissements d'enseignement secondaire ordinaire, relatives à l'affectation des crédits de formation en cours de carrière;
- des articles 30 et 31 du projet, qui introduisent des exceptions au principe énoncé à l'article 1er de la loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire;
- de l'article 32 du projet, qui paraphrase l'article 3 de la loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire, en ce que cette disposition habilite le Roi à fixer l'organisation du contrôle de la fréquentation scolaire et à fixer les motifs d'absence qui peuvent être admis comme valables;
- de l'article 33 du projet, qui contredit l'article 10 de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 14 avril 1994 relatif au contrôle de l'inscription scolaire;

.../...

Enfin, le projet, dans son économie générale, rend inutile le maintien de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 9 octobre 1996 portant exécution de l'article 8 du décret du 14 mars 1995 relatif à la promotion d'une école de la réussite dans l'enseignement fondamental, qui met en oeuvre des moyens d'actions au profit d'écoles prioritaires; au surplus, en proposant d'abroger l'article 8 du décret du 14 mars 1995 précité, le projet supprime le fondement légal de l'arrêté du 9 octobre 1996.

Afin de sauvegarder la sécurité juridique, il convient, d'une part, d'abroger les textes dont les dispositions sont reproduites ou paraphrasées dans le projet ou contredites par celui-ci et, d'autre part, de modifier les textes auxquels le décret en projet déroge ou qu'il modifie implicitement. Une telle démarche présenterait, en outre, l'avantage d'améliorer la lisibilité du projet en évitant de recourir au procédé de la législation par référence.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	conseiller d'Etat, président,
	P. LIENARDY	conseillers d'Etat,
	P. QUERTAINMONT,	
	P. GOTHOT,	assesseurs de la
	J.-M. FAVRESSE,	section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. C. NIKIS, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS