

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.588/2
DU 20 JUIN 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Parlement de la Communauté française, le 21 mai 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de décret "visant à réguler les inscriptions des élèves dans le premier degré de l'enseignement secondaire et à favoriser la mixité au sein des établissements scolaires" (Doc., Parl. Com. fr., 2007-2008, n/ 552/1), a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations ci-après.

Observation préalable

La méthode consistant à faire déposer par un ou plusieurs parlementaires, sous forme de proposition, un texte qui a manifestement été préparé par les services du Gouvernement a pour effet qu'un certain nombre de formalités préalables ne doivent pas être accomplies ce qui n'est pas de nature à garantir la qualité de la législation ⁽¹⁾.

Par ailleurs, le Conseil d'État n'a pas disposé, en l'espèce, d'un interlocuteur pouvant fournir des explications ou des justifications souvent nécessaires ⁽²⁾.

Observations générales

1. 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".

⁽¹⁾ La "proposition" examinée vise à remplacer le décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire, dont l'avant-projet a été soumis à l'avis de l'inspection des finances, à la concertation avec les organes de représentation et de coordination des pouvoirs organisateurs et à la négociation syndicale.

⁽²⁾ Le président du Parlement de la Communauté française n'a en effet pas utilisé la possibilité que lui confère l'article 82, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, de désigner un délégué chargé d'éclairer la section de législation sur la portée du texte.

Selon la Cour constitutionnelle,

"Cette disposition traduit la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin de régler les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement. Elle n'interdit cependant pas que des habilitations soient données sous certaines conditions à d'autres autorités.

L'article 24, § 5, de la Constitution exige que ces habilitations ne portent que sur la mise en oeuvre des principes que le législateur a lui-même adoptés. À travers elles, une autre autorité ne saurait combler l'imprécision de ces principes ou affiner des options insuffisamment détaillées."⁽³⁾.

2. Afin à la fois d'éviter que les établissements d'enseignement puissent sélectionner les élèves qui s'y inscriraient - objectif poursuivi, dans une perspective de mixité sociale, par les modifications apportées à la législation scolaire par les décrets des 8 mars 2007 ⁽⁴⁾ et 19 octobre 2007 ⁽⁵⁾ - et de "fournir une alternative efficace et équitable aux files d'attente qui ont pu résulter de la mise en oeuvre du décret du 8 mars 2007 pour les inscriptions des élèves devant certains établissements d'enseignement secondaire" ⁽⁶⁾, tout en poursuivant d'autres objectifs ⁽⁷⁾, les mécanismes d'objectivation et de prévisibilité nécessaires, tels qu'ils figurent dans les dispositions proposées, reposent, pour l'essentiel, sur un système fondé sur l'autonomie de chaque établissement ⁽⁸⁾ : le chef de chacun de

⁽³⁾ C.C., n/ 56/2008, 19 mars 2008, B.12.2.2 (jurisprudence constante).

⁽⁴⁾ Décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire.

⁽⁵⁾ Décret du 19 octobre 2007 modifiant le décret du 8 mars 2007 portant diverses mesures visant à réguler les inscriptions et les changements d'école dans l'enseignement obligatoire.

⁽⁶⁾ Développements de la proposition, point 2, alinéa 2, objectif général n/ 1 (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2007-2008, n/ 552/1, p. 3).

⁽⁷⁾ Voir les développements de la proposition, spécialement les cinq "objectifs généraux" énoncés sous le point 2 (*loc. cit.*, p. 3)

⁽⁸⁾ Le principe d'autonomie est consacré comme étant l'un des objectifs généraux de la proposition (développements de la proposition, objectif général n/ 2, *loc. cit.*, p. 3). Il fait l'objet d'un exposé circonstancié aux pages 5 à 7 des développements (*loc. cit.*).

ceux-ci ou le pouvoir organisateur, après avoir pris l'avis du Conseil de participation et du Comité de concertation de base, détermine les proportions et les critères qui lui permettront de classer les demandes d'inscription parmi celles reçues lors de la première phase de la procédure d'inscription (du 1^{er} au 14 novembre) et, le cas échéant, lors de la seconde phase (du 16 au 30 novembre) lorsque ces demandes sont plus nombreuses que les places disponibles ⁽⁹⁾.

3. Il convient d'examiner si la manière dont les textes proposés organisent la détermination des proportions et des critères dont il vient d'être question est admissible au regard du principe de légalité porté par l'article 24, § 5, de la Constitution.

Le texte règle cette détermination de manière différente en ce qui concerne les proportions ⁽¹⁰⁾ et les critères ⁽¹¹⁾.

4.1. Les proportions d'élèves pouvant être admis dans chaque établissement en fonction des places disponibles sont celles dont il est question aux articles 80, § 1^{er}, alinéas 9 à 13, et 88, § 1^{er}, alinéas 8 à 12, proposés du décret-missions. Elles concernent

"(...) d'une part," (les) élèves (...) qui sont domiciliés dans la commune où se situe l'établissement d'enseignement secondaire et, d'autre part, (les) élèves (...) qui ont fréquenté, lors de l'année scolaire précédente, un établissement ou une implantation d'enseignement fondamental ou primaire moins favorisé."⁽¹²⁾

4.2. La détermination de ces catégories est exposée de manière précise par le texte décretaal proposé, spécialement aux alinéas 10 à 13 proposés de l'article 80 du décret-missions et aux alinéas 9 à 12 proposés de l'article 88 du même décret.

⁽⁹⁾ Principalement, articles 80, § 1^{er}, alinéas 5 et 6, et 88, § 1^{er}, alinéas 4 et 5, proposés 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 (ci-après : de "décret-missions").

⁽¹⁰⁾ N/ 4, ci-après.

⁽¹¹⁾ N/ 5, ci-après.

⁽¹²⁾ Articles 80, § 1^{er}, alinéa 9, et 88, § 1^{er}, alinéa 8, proposés, du décret-missions.

Même si ces dispositions laissent aux établissements une certaine marge de manoeuvre, celle-ci est suffisamment limitée; il est donc satisfait sur ce point, sous la réserve de l'observation suivante, au principe de légalité.

4.3. En ce qui concerne "la proportion bénéficiant aux élèves domiciliés dans la même commune", il est toutefois permis au Gouvernement d'accorder une dérogation "sur demande motivée du chef d'établissement" ou "du pouvoir organisateur", sans que la proposition de décret n'en énonce les critères ⁽¹³⁾.

Dans cette mesure, la proposition s'éloigne de l'exigence de légalité qu'implique l'article 24, § 5, de la Constitution ⁽¹⁴⁾.

5.1. Si, au sein de chaque établissement, une procédure doit être suivie afin d'éclairer le chef d'établissement ou le pouvoir organisateur dans la détermination des critères de sélection, le décret proposé est muet quant au contenu de ceux-ci, sauf l'interdiction de la prise en compte de deux critères, soit "l'ordre chronologique de la mention des demandes d'inscription" et les "résultats scolaires obtenus antérieurement" par les candidats ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Articles 80, § 1^{er}, alinéa 10, et 88, § 1^{er}, alinéa 9, proposés, du décret-missions.

⁽¹⁴⁾ Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur la compatibilité avec les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10, 11 et 24, § 4, de la Constitution, de la règle, figurant dans la même phrase, *in fine*, du maintien de la norme de référence pour la fixation des pourcentages en la matière au 1^{er} octobre 2008, sans qu'il puisse être tenu compte des possibilités d'évolution du nombre de la population dans chaque commune considérée.

⁽¹⁵⁾ Cette interdiction se situe dans la cohérence des objectifs poursuivis, consistant à fournir une alternative efficace et équitable aux files d'attente qui ont pu résulter de la mise en oeuvre du décret précité du 8 mars 2007 et à éviter que les établissements d'enseignement puissent sélectionner les élèves qui s'y inscriraient (voir le n/ 2, plus haut).

Les développements de la proposition font état d'un certain nombre de formules, liées à un tirage au sort, dont les établissements pourraient s'inspirer, mais elles ne figurent pas dans le dispositif de la proposition ⁽¹⁶⁾. Les articles 88, § 1^{er}, alinéa 14, et 80, § 1^{er}, alinéa 13, proposés du décret-mission ajoutent certes que les critères choisis doivent respecter les "règles d'égalité et de non-discrimination" ⁽¹⁷⁾ et que les chefs d'établissement seront contrôlés sur ce point par les services du Gouvernement, mais, outre le fait que cette exigence résulte déjà du droit commun, elle est conçue comme une limite négative, nécessairement large, au pouvoir d'appréciation des chefs d'établissements ou des pouvoirs organisateurs et non, ainsi qu'il conviendrait, comme l'énoncé positif d'une règle suffisamment précise au regard du principe de légalité.

Il est rappelé sur ce point que l'article 24, § 5, de la Constitution, ne fait pas obstacle à ce que des habilitations soient faites à certaines autorités mais qu'elles ne peuvent porter que sur la mise en oeuvre de principes que le législateur a lui-même adoptés ⁽¹⁸⁾, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

5.2. Le silence du législateur sur le contenu des critères est d'autant plus préoccupant que le système envisagé ne manquera pas de susciter d'importantes difficultés au regard du principe d'égalité, non seulement par la variété en elle-même des systèmes

⁽¹⁶⁾ Il est par ailleurs permis de s'interroger sur l'admissibilité de certaines de ces formules, au regard notamment du principe d'égalité. Absentes du dispositif de la proposition, elles ne sont toutefois pas examinées plus avant dans le présent avis.

⁽¹⁷⁾ Les développements de la proposition font également état de la nécessité d'avoir "à l'esprit l'ensemble des règles d'égalité et de non-discrimination" à l'occasion de la détermination des critères de sélection (*loc. cit.*, p. 5; voir aussi pp. 6, 7, 14).

⁽¹⁸⁾ Voir le n° 1, plus haut. Sur la qualification d'"autorité" qui peut être conférée dans ce contexte aux établissements d'enseignement, en ce compris à ceux qui relèvent de l'enseignement libre subventionné, voir X. DELGRANGE, "S.O.S. Bonheur", note sous Cass., 6 septembre 2002 (deux arrêts); C.C., 9 avril 2003, R.C.J.B., 2005, pp. 26-82, spéc. n° 30, pp. 67 et 68.

propres à chaque établissement mais aussi par le fait que les candidats qui auraient pu être choisis en fonction de tel critère dans tel établissement pourraient ne pas l'être en fonction de ceux retenus dans l'établissement dans lequel il s'est porté candidat ⁽¹⁹⁾.

Il est rappelé à cet égard que l'intervention du législateur en matière d'enseignement peut se justifier précisément par la nécessité de respecter le principe d'égalité dans cette matière, dans les limites admissibles ⁽²⁰⁾.

5.3. L'habilitation donnée aux établissements en la matière ne saurait trouver de fondement dans le principe de la liberté de l'enseignement garanti par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution.

⁽¹⁹⁾ Le risque de discrimination serait plus aigu encore s'il était formellement interdit de se porter candidat à l'inscription dans plusieurs établissements. Pareille interdiction ne figure pas dans la proposition, qui se contente, aux articles 80, § 4, alinéas 4 et 16, deuxième phrase, et 88, § 4, alinéas 4 et 16, deuxième phrase, proposés d'énoncer que les candidats doivent, lors de leur demande d'inscription, informer l'établissement de pareille démarche ou de leur intention de ce faire. Il ne semble pas que le régime de contrôle énoncé aux articles 80, § 1^{er}, alinéa 14, et 88, § 1^{er}, alinéa 13, proposés, en tant qu'il renvoie notamment au paragraphe 4, alinéa 16, de ces dispositions, entende impliquer une interdiction de cette pratique. Cette question aurait pu être posée au délégué que le président du Parlement aurait pu désigner afin d'éclairer le Conseil d'Etat sur la portée de la proposition (voir l'observation préalable).

⁽²⁰⁾ Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, "Le droit au subventionnement [[tiré du principe de la liberté de l'enseignement consacré par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution] est limité, d'une part, par la possibilité pour la communauté de lier les subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celles d'un enseignement de qualité, et, d'autre part, par la nécessité de répartir les moyens financiers disponibles entre les diverses missions de la communauté. La liberté d'enseignement connaît dès lors des limites et n'empêche pas que le législateur compétent, en vue d'assurer la qualité et l'équivalence de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, prenne des mesures qui soient applicables de manière générale aux établissements d'enseignement, indépendamment de la nature de l'enseignement dispensé par ceux-ci. L'opportunité et le choix de ces mesures sont l'affaire du législateur compétent, en l'occurrence le législateur décentralisé qui, en application de l'article 24, § 5, de la Constitution, doit régler l'organisation, la reconnaissance et le subventionnement de l'enseignement et porte la responsabilité de la politique en cette matière." (C.C., n/ 2/2006, 11 janvier 2006, B.18.2).

En effet, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,

"La liberté d'enseignement ainsi garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution assure le droit d'organiser - et donc de choisir - des écoles fondées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée. Elle implique également que des personnes privées puissent, sans autorisation préalable et sous réserve du respect des libertés et des droits fondamentaux, organiser et faire dispenser un enseignement selon leur propre conception, tant en ce qui concerne la forme de cet enseignement qu'en ce qui concerne son contenu, par exemple en créant des écoles dont la spécificité réside dans des conceptions déterminées d'ordre pédagogique ou éducatif." ⁽²¹⁾.

Dès lors que la proposition n'envisage l'adoption par les chefs d'établissement et les pouvoirs organisateurs que de critères neutres, elle n'implique en effet aucun choix du type de ceux qui entrent dans le champ d'application de cette disposition.

5.4. En ce qu'elle s'abstient, sur l'un des éléments centraux de la proposition, de préciser les critères en fonction desquels les établissements scolaires concernés pourront sélectionner les candidats surnuméraires à l'inscription, ou à tout le moins d'énoncer les principes que, le cas échéant, les chefs d'établissement et les pouvoirs organisateurs pourraient mettre en oeuvre, la proposition n'est pas compatible avec l'article 24, § 5, de la Constitution.

Vu cette objection fondamentale, la proposition ne sera pas examinée plus avant.

⁽²¹⁾ C.C., n/ 2/2006, 11 janvier 2006, B.18.2.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été rédigé par M. X. DELGRANGE, premier auditeur et Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur et présenté par Mme L. VANCRAYEBECK.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS