

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.024/2
DU 26 MARS 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Ministre de l'Enseignement obligatoire et de Promotion sociale de la Communauté française, le 1^{er} mars 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret « visant à la mise en place d'un dispositif d'accueil et de scolarisation des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française », 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^o, 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 l'avant-projet, 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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. NOTION D'ÉLÈVE PRIMO-ARRIVANT

1 Selon l'article 3, l'avant-projet de décret à l'examen poursuit les objectifs suivants :

- « - assurer l'accueil, l'orientation et l'insertion optimale des élèves primo-arrivants dans le système éducatif de la Communauté française ;
- proposer un accompagnement scolaire et pédagogique adapté aux profils d'apprentissage des élèves primo-arrivants, notamment les difficultés liées à la langue de scolarisation et à la culture scolaire ;
- proposer une étape de scolarisation intermédiaire et d'une durée limitée (...) avant la scolarisation dans une classe de niveau ».

Compte tenu de ces objectifs, tant le champ d'application du décret – et plus particulièrement la définition de la notion d'élève primo-arrivant – que les conditions d'organisation du dispositif d'accueil et de scolarisation des primo-arrivants (ci-après, DASPA) posent des difficultés.

2. Selon l'article 2, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, b), de l'avant-projet de décret, sont considérés comme élèves primo-arrivants les élèves ressortissants d'un pays bénéficiaire de l'aide au développement du Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)¹ ou les élèves apatrides ou ayant fait une demande de reconnaissance de la qualité d'apatride, pour autant qu'ils remplissent les autres conditions prévues par l'article 2, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}.

Le décret du 14 juin 2001 'visant à l'insertion des élèves primo-arrivants dans l'enseignement organisé ou subventionné par la Communauté française' – que l'avant-projet de décret à l'examen tend à abroger – considérait également comme élève primo-arrivant celui qui était candidat réfugié ou reconnu réfugié ou encore mineur accompagnant une

¹ Le texte en projet distingue inutilement le pays considéré comme pays en voie de développement tel que mentionné à l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 'relative à la coopération internationale belge du pays bénéficiaire de l'aide au développement de l'OCDE'. Voir à cet égard l'observation particulière sous l'article 2.

personne candidate réfugiée ou reconnue comme telle². À cet égard, le commentaire de l'article 2 de l'avant-projet de décret précise que,

« Contrairement au décret du 14 juin 2001, il n'est plus tenu compte du statut de séjour en Belgique du mineur et du pays dont il est ressortissant ».

Le Conseil d'État observe toutefois que, selon le commentaire de plusieurs dispositions de l'avant-projet et aux termes de certaines dispositions de celui-ci³, le lien entre le statut de réfugiés - ou la demande d'octroi de ce statut - et la détermination des critères relatifs à la notion d'élèves primo-arrivants reste présent.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de prendre attitude de manière claire sur cette question dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination⁴.

De façon plus fondamentale, le choix des critères retenus doit tenir compte de l'objectif poursuivi, lequel - en l'état actuel de l'avant-projet - tend à un accompagnement scolaire et pédagogique qui serait adapté aux profils des élèves primo-arrivants, notamment aux difficultés liées à la langue de scolarisation et à la culture scolaire.

Si l'auteur de l'avant-projet entend maintenir un objectif aussi large, il doit étendre le champ d'application en y incluant les élèves qui viennent de pays qui ne sont pas mentionnés dans la liste des pays bénéficiaires de l'aide de l'OCDE.

II. EXTENSION DU DASPA À D'AUTRES ÉLÈVES DANS L'ENSEIGNEMENT SECONDAIRE

3. À la différence de ce qui est prévu pour l'enseignement primaire, les bénéficiaires du DASPA de l'enseignement secondaire ne doivent pas nécessairement être arrivés sur le territoire national depuis moins d'un an mais il suffit qu'ils fréquentent l'enseignement organisé ou subventionné de la Communauté française depuis moins d'une année scolaire complète.

L'article 2, § 2, de l'avant-projet prévoit, dans l'enseignement secondaire, que des élèves n'ayant pas la qualité de primo-arrivants peuvent être inscrits dans un DASPA, pour autant qu'ils remplissent certaines conditions, notamment être de nationalité étrangère ou

² Voir l'article 2, 1^o, b), du décret du 14 juin 2001.

³ Voir article 2, § 1^{er}, 3^o, article 4, § 1^{er}, article 6, alinéa 4 et article 10.

⁴ L'auteur de l'avant-projet doit tenir compte également du fait qu'il n'y a pas de correspondance entre pays bénéficiaire de l'aide au développement de l'OCDE et pays d'où proviennent les demandeurs d'asile. Une demande d'asile peut être introduite par un ressortissant d'un pays ne bénéficiant pas de l'aide au développement.

adopté⁵, fréquenter l'enseignement de la Communauté depuis moins d'un an, avoir l'un de ses parents ou l'une des personnes qui en assure la garde qui ne possède pas la nationalité belge (sauf dans le cas de l'adoption) et ne pas connaître suffisamment la langue de l'enseignement pour s'adapter avec succès aux activités de sa classe⁶.

L'auteur de l'avant-projet doit pouvoir justifier la pertinence du critère de la nationalité qui, en ce qui concerne l'enseignement secondaire, apparaît comme décisif pour l'inscription en DASPA, plutôt que celui de l'arrivée récente sur le territoire national.

Sous cette réserve, le Conseil d'État observe que l'article 2, b), de l'avant-projet vise l'enfant « adopté », sans préciser quelle doit avoir été sa nationalité avant son adoption. Or, le commentaire des articles afférent à cette disposition précise qu'il est sous-entendu qu'il doit s'agir d'un enfant « d'origine étrangère ». Si tant est que cette condition est maintenue, elle doit alors figurer dans le texte.

III. CONDITIONS D'ORGANISATION DES DASPA

4. L'article 4 de l'avant-projet prévoit des conditions d'organisation différentes pour les DASPA selon qu'ils sont organisés ou subventionnés en région bilingue de Bruxelles-Capitale ou en région de langue française⁷ et, dans cette dernière région, selon la taille de la commune.

Selon l'article 4, § 1^{er}, en région de langue française (exception faite des communes de plus de 60.000 habitants), la création de DASPA est autorisée dans les seules communes « aisément accessibles » d'un centre d'accueil des demandeurs d'asile qui accueille un certain nombre d'enfants répondant à la définition d'élèves primo-arrivants.

Selon l'article 4, §§ 2 et 3, en région bilingue de Bruxelles-Capitale et dans les communes de la région de langue française de plus de 60.000 habitants, la création de DASPA n'est pas liée à la présence d'un tel centre, mais tient compte de « la réalité de l'accueil et de la scolarisation des élèves primo-arrivants ».

⁵ Le texte en projet vise également les apatrides, mais ceux-ci sont déjà mentionnés dans la définition des élèves primo-arrivants.

⁶ Ces élèves peuvent être inscrits dans les DASPA mais ne sont pas pris en compte dans les calculs relatifs aux conditions d'organisation, de maintien et d'encadrement. Par ailleurs, ils ne peuvent bénéficier d'une attestation d'admissibilité.

⁷ Et non en « Région wallonne », comme l'indique erronément l'article 4, § 1^{er}. Voir l'observation particulière n° 1 sous l'article 4.

On peut se demander ce qui justifie une telle différence de traitement. Selon l'exposé des motifs, « à Bruxelles et dans les grandes villes, outre les familles et les mineurs étrangers non accompagnés (MENA) hébergés dans les centres fédéraux, nombreuses sont les personnes qui sont hébergées ailleurs, notamment dans des logements ILA (initiatives locales d'accueil) gérés par les communes, sans oublier les jeunes primo-arrivants en situation illégale et qui ont eux aussi droit à l'éducation ».

Il reste qu'en région de langue française, le Conseil d'État n'aperçoit pas la pertinence de lier la création de DASPA à la présence d'un centre d'accueil de demandeurs d'asile, surtout si la définition même de l'élève primo-arrivant ne renvoie plus à cette notion de demandeur d'asile.

Il est renvoyé à cet égard à l'observation générale 1.

*

C'est sous ces réserves que les observations particulières suivantes sont formulées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

La formule⁸ précédant le dispositif est prématurée et doit être remplacée par un arrêté de présentation de l'avant-projet de décret.

DISPOSITIF

Article 2

1. Le paragraphe 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, b), précise qu'il faut être ressortissant d'un pays « considéré comme pays en voie de développement tel que mentionné à l'article 2 de la loi du 25 mai 1999 'relative à la coopération internationale belge ou d'un pays bénéficiaire de l'aide au développement du Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économique' (lire : économiques) ». Or, l'article 2, 3^o, de la loi du 25 mai 1999 précise que le « pays partenaire » est le « pays considéré comme pays en voie de développement par le Comité d'aide au développement de l'Organisation de Coopération et de Développement économiques ».

⁸ Il y aurait lieu, en tout état de cause, dans cette formule, de remplacer le mot « Conseil » par celui de « Parlement ».

Par conséquent, la formulation de l'article 2, § 1^{er}, 1^o, alinéa 1^{er}, b), de l'avant-projet pourrait être simplifiée en se contenant de viser le pays bénéficiaire de l'aide au développement du Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économique.

2. Au même paragraphe 1^{er}, b), il est question de la notion de « reconnaissance de la qualité d'apatride ».

Cette notion est inconnue en droit belge, à tout le moins si l'on entend par là l'existence d'un acte administratif ayant cette portée, à l'instar, par exemple, de la reconnaissance du statut de réfugié ou de celui de protection subsidiaire, tel qu'il est organisé par les articles 48 à 57/28 de la loi précitée du 15 décembre 1980. La qualité d'apatride est en effet une situation de fait et de droit, qu'il appartient à toute autorité ou à toute juridiction de reconnaître dans les situations qui la concernent, et sa reconnaissance n'est subordonnée à aucune procédure administrative, l'article 1, § 1, de la Convention du 28 septembre 1954 'relative au statut des apatrides' qualifiant le terme « apatride » comme « désign[ant] une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ».

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 4

1. L'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, utilise de manière apparemment interchangeable les concepts « d'enfants » et de « mineurs ». Le texte devrait être harmonisé autour d'une terminologie unique.

2. Aux paragraphes 1^{er} et 3, il convient de remplacer les termes « Région wallonne » par « région de langue française ». La référence faite dans ces dispositions a en effet pour objet de se rapporter à une des aires d'application territoriale du décret et non à une personne morale de droit public comme l'est la Région wallonne. Le texte ne tient en outre pas compte du fait que, la Communauté française, contrairement à la Région wallonne, n'est pas compétente en région de langue allemande.

3. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il est précisé que les enfants à prendre en compte pour les normes de création d'un DASPA sont ceux qui « répondent à la définition d'élèves primo-arrivants au sens de l'article 2, § 1^{er}, 1^o, uniquement ». Le mot « uniquement » est inutile et prête à confusion. En effet, il n'existe pas d'autre définition de la notion d'élève primo-arrivant que celle qui est prévue à l'article 2, § 1^{er}, 1^o.

4. Il existe une contradiction entre le dispositif de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, selon lequel la création d'un DASPA ne peut intervenir que lorsque le nombre d'enfants est atteint tant pour ce qui concerne l'enseignement primaire que pour l'enseignement secondaire, et le commentaire de l'article, qui précise que « le Gouvernement peut créer un DASPA à partir du moment où l'une des deux situations existe et pas nécessairement les deux ». Il ressort du dossier transmis à la section de législation que l'intention du législateur est celle qui est reprise dans le commentaire de l'article. Par conséquent, dans le dispositif, mieux vaut remplacer la conjonction de coordination « et » par « ou »⁹.

5. Selon l'article 4, § 1^{er}, un DASPA peut être créé, sous certaines conditions, dans les communes « aisément accessibles » d'un centre. Ce sont les établissements ou les pouvoirs organisateurs qui doivent manifester leur souhait de créer un DASPA. À défaut, le Gouvernement organise ou subventionne un DASPA « dans une commune limitrophe ou, s'il échet, dans une autre commune ».

De l'accord de la déléguée de la ministre, les mots « dans une commune limitrophe ou, s'il échet, » seront omis.

La question se pose par ailleurs de savoir si, dans l'hypothèse où le Gouvernement subventionne un DASPA, il s'agit d'imposer à un pouvoir organisateur – dans l'enseignement subventionné – la création d'un tel dispositif. Dans l'affirmative, il convient d'être en mesure de justifier une telle obligation au regard de la liberté d'enseignement.

6. Il conviendrait d'harmoniser la rédaction en ce qui concerne l'organisation ou le subventionnement des DASPA.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de viser uniquement l'enseignement organisé par la Communauté française, mieux vaut parler d'organisation d'un DASPA plutôt que de création (cette dernière expression visant tant l'organisation que le subventionnement d'un tel dispositif). L'article 4, § 1^{er}, sera revu en conséquence.

À l'article 4, § 2, il est précisé qu'un appel à candidatures est lancé, sans préciser à qui il s'adresse. Il est ensuite indiqué que le Gouvernement « détermine les établissements qui peuvent organiser un DASPA ». La question se pose de savoir si cela signifie que seuls les établissements organisés par la Communauté française sont concernés. Interrogée sur ce point, la déléguée de la ministre a indiqué que telle n'était pas l'intention. L'article 4, § 2, sera revu afin de viser tant l'organisation que le subventionnement de DASPA.

⁹ En l'espèce, la conjonction « ou » n'est en effet pas exclusive.

7. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il y a lieu d'écrire « ... lorsqu'il a connaissance de l'existence d'un centre... ».

8. Au dernier alinéa du paragraphe 1^{er}, la notion de jour ouvrable, non reçue de manière générale en droit, doit être définie au sens du décret.

Une autre solution, plus simple, surtout lorsque le délai est relativement long, consiste à utiliser la seule notion de jour, sans autre précision, quitte à en prévoir un nombre plus important que ceux qui concernent les jours ouvrables.

La même observation vaut pour le dernier alinéa du paragraphe 2.

9. Le paragraphe 3, qui prévoit des conditions particulières pour l'organisation des DASPA dans les communes de la région de langue française de plus de 60.000 habitants, est une exception aux conditions fixées dans le paragraphe 1^{er}. Il aurait dès lors mieux sa place à la fin du paragraphe 1^{er}.

10. Au paragraphe 4, il conviendrait d'indiquer en toutes lettres ce qui signifie l'abréviation « ALE », s'agissant de la première fois où elle est utilisée ¹⁰.

11. Au paragraphe 4, on n'aperçoit pas la portée de l'affirmation selon laquelle il y a au minimum 69 DASPA dès lors qu'il est précisé qu'il faut que les conditions d'ouverture et de maintien le justifient.

Article 6

L'alinéa 3 habilite le Gouvernement à octroyer une dérogation à l'obligation de fermeture d'un DASPA qui ne remplirait plus les conditions de son maintien. Il convient, afin de respecter l'article 24, § 5, de la Constitution, de préciser les critères selon lesquels le Gouvernement pourra accorder une telle dérogation.

Comme l'a confirmé la déléguée de la ministre, l'alinéa 4, en tant qu'il vise l'hypothèse de fermeture d'un centre d'accueil des demandeurs d'asile, ne peut viser que les DASPA organisés en région de langue française dans les communes de 60.000 habitants et moins. Cette précision figurera à tout le moins dans le commentaire de l'article.

¹⁰ Ou bien d'en prévoir la définition dans l'article 2.

Article 7

La portée de cette disposition n'apparaît pas clairement. Soit il s'agit simplement de rappeler que l'inscription dans un DASPA obéit aux règles habituelles régissant les inscriptions scolaires, telles qu'elles sont prévues dans le décret du 24 juillet 1997¹¹ et, dans ce cas, l'article est inutile. Soit il s'agit de déroger à certaines règles et, dans ce cas, il convient que la disposition en projet soit plus précise sur ce point.

L'article 7 sera réexaminé en conséquence.

Article 9

Les mots « dans l'enseignement primaire et dans l'enseignement secondaire » peuvent être omis, puisque les DASPA ne peuvent être organisés que dans l'enseignement primaire et l'enseignement secondaire.

Il conviendrait de préciser que l'élève inscrit dans un DASPA qui ne remplit plus les conditions prévues à l'article 2, § 1^{er}, 1^o, ou § 2, peut conserver le bénéfice du DASPA jusqu'à la fin de la période déterminée.

Article 10

1. À l'alinéa 1^{er}, il est prévu qu'une partie du dispositif du DASPA peut être organisée dans un centre d'accueil pour candidats réfugiés qui se situe à proximité.

Il est rappelé cependant que l'organisation de tels centres relève de l'État fédéral. Il va de soi qu'une autorisation de ce dernier est requise.

2. À l'alinéa 3, le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée juridique exacte de la locution « en ce fiant ».

Article 11

À l'alinéa 2, les mots « qu'il soit ouvert au 1^{er} septembre ou en cours d'année, quel que soit le nombre d'élèves inscrits dans le DASPA, sous réserve du respect des conditions de création du DASPA telles que fixées aux articles 3 et suivants du présent décret », sont inutiles et seront dès lors omis.

¹¹ Le décret du 24 juillet 1997 ayant été défini à l'article 2, § 1^{er}, 7^o, il n'y a pas lieu de reprendre son intitulé en entier.

Article 12

Les alinéas 1^{er} et 2 seront intervertis afin que la structure de l'article 12, qui concerne le calcul de l'encadrement pour les DASPA de l'enseignement secondaire, corresponde mieux à ce qui est prévu à l'article 11 pour l'enseignement primaire.

Par ailleurs, à l'alinéa 2 (qui deviendrait l'alinéa 1^{er}), les mots « qu'il soit ouvert au 1^{er} septembre ou en cours d'année » et les mots « quel que soit le nombre d'élèves primo-arrivants inscrits dans le DASPA » seront omis, car ils n'ajoutent rien au dispositif.

Article 14

Au paragraphe 2, il conviendrait de préciser ce qu'on entend par « formation humaine », cette expression n'apparaissant pas dans la loi du 19 juillet 1971 à laquelle l'on entend déroger.

Article 17

1. Au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi il n'est pas indiqué « le directeur ou son délégué », à l'instar de ce que prévoit le paragraphe 2 pour l'enseignement secondaire.

2. Au même paragraphe 1^{er}, il est prévu que le conseil d'intégration dans l'enseignement primaire est composé « d'enseignants du cycle correspondant à l'âge de l'élève ».

Il en résulte que ce ne sont pas nécessairement tous les « enseignants du cycle correspondant à l'âge de l'élève » qui composeront le conseil d'intégration dans l'enseignement primaire. La question se pose de savoir sur la base de quels critères les enseignants concernés seront choisis.

3. Le Conseil d'État se demande aussi pourquoi le conseil d'intégration dans l'enseignement primaire est composé d'« enseignants du cycle correspondant à l'âge de l'élève », alors qu'aux termes du paragraphe 2, pour ce qui concerne l'enseignement secondaire, ce conseil est composé des « enseignants en charge d'élèves inscrits en DASPA ».

4. Les paragraphes 3 et 4 gagneraient à être intervertis.

Article 18

Les paragraphes 1^{er} et 4 précisent tous les deux, mais de façon différente, les effets d'une attestation d'admissibilité. Ainsi, dans le paragraphe 1^{er}, il est précisé qu'une telle attestation ne peut pas être délivrée pour les 6^e et 7^e années de l'enseignement secondaire, alors que cette restriction n'est pas prévue par le paragraphe 4, lequel apporte par ailleurs la précision que cette attestation permet d'être inscrit dans n'importe quel établissement, précision qui n'apparaît pas dans le paragraphe 1^{er}. Pour éviter toute source d'insécurité juridique, mieux vaut consacrer un seul paragraphe à tous les effets liés à la délivrance d'une attestation d'admissibilité.

Article 20

Tel qu'il est rédigé, l'article 20, 3°, de l'avant-projet autorise les transferts de périodes-professeurs de manière générale, alors qu'il semble que l'intention soit uniquement d'autoriser les transferts des périodes-professeurs générées par un DASPA. La disposition sera revue en ce sens.

La même observation vaut pour l'article 21, 3°.

Article 26

L'article 26 confère une portée rétroactive à l'article 4, puisqu'il prévoit qu'il « entre en vigueur au 1^{er} mars 2012 ». La déléguée de la ministre a précisé que telle n'était pas l'intention.

Par ailleurs, il ressort du commentaire de l'article que l'intention est de prévoir un régime d'entrée en vigueur anticipée pour le lancement de l'appel aux candidatures pour de nouveaux DASPA et pour la mise en place du régime transitoire pour les établissements qui organisent une classe passerelle en 2011-2012.

Afin de rencontrer cet objectif, il conviendra de fixer une date d'entrée en vigueur spécifique pour l'appel aux candidatures visé à l'article 4¹² et pour les articles 24 et 25.

L'article 26 sera revu en conséquence.

¹² Ce n'est en effet pas tout l'article 4 qui doit entrer en vigueur de manière anticipée.

OBSERVATIONS FINALES

Certains articles utilisent les expressions « conformément aux articles précédents » (par exemple l'article 6) ou « conformément aux alinéas précédents » (par exemple les articles 10 et 11).

Ces termes sont dépourvus de portée et risquent de créer une confusion en cas d'ajout d'articles ou de subdivisions d'articles subséquentment.

Ils doivent donc être omis.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	S. VAN DROOGHENBROECK,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAVEBECK, auditrice.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS