



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 64.010/2/V
du 10 septembre 2018

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant le
Chapitre II du Titre III du Livre II de la première partie du
Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatif
aux funérailles et sépultures’

Le 23 juillet 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre des Pouvoirs locaux, du Logement et des Infrastructures sportives de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 6 septembre 2018, sur un avant-projet de décret 'modifiant le Chapitre II du Titre III du Livre II de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatif aux funérailles et sépultures'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 10 septembre 2018. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Benoît JADOT, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 septembre 2018.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

L'arrêté de présentation ne doit pas comprendre le visa du présent avis.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

DISPOSITIF

Article 1^{er}

L'article est inutile.

En effet, d'une part, il ne fait aucun doute que le décret en projet règle une matière visée à l'article 39 de la Constitution et, d'autre part, l'article L1232-0 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation indique déjà que le chapitre de ce Code auquel l'avant-projet suggère d'apporter des modifications ne s'applique pas à la région de langue allemande et s'applique donc uniquement à la région de langue française, l'exercice de la compétence régionale en matière de funérailles et sépultures incombant dans la région de langue allemande à la Communauté germanophone en vertu de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du décret de la Région wallonne du 27 mai 2004 'relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés' et de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du décret de la Communauté germanophone du 1^{er} juin 2004 'relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés'.

La disposition à l'examen sera dès lors omise.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

Article 2

1. À lire l'article L1232-1, 6°, en projet, une exhumation dite « de confort »¹ peut avoir lieu, non seulement à la demande de proches, mais aussi « sur initiative du gestionnaire public ».

Invitée à préciser dans quels types d'hypothèses le gestionnaire public pourrait prendre une telle initiative, la déléguée de la ministre a indiqué qu'il s'agit de cas dans lesquels « le gestionnaire public aurait commis une erreur technique (inhumation dans un mauvais emplacement ou nécessité de récupérer un emplacement) qu'il ne revient pas à la famille de financer ».

En l'état, l'avant-projet est en défaut de refléter ces précisions.

En outre, on peut se demander s'il est bien pertinent que les exhumations auxquelles il est procédé dans ces cas soient soumises aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux exhumations « de confort » à la demande de proches. Ne s'agit-il pas plutôt d'une catégorie particulière d'exhumations, à soumettre à des règles spécifiques ?

L'avant-projet sera revu pour donner suite à cette observation.

2. En précisant que l'ossuaire est un monument « communal », l'article L1232-1, 11°, en projet pourrait être compris en ce sens qu'il s'applique aux cimetières dont le gestionnaire est une commune, et non pas une régie communale autonome ou une intercommunale.

Or, ce n'est sûrement pas l'intention des auteurs du texte.

Plutôt que d'un monument « communal », il est suggéré de faire état d'un monument aménagé et géré par le gestionnaire public du cimetière.

3. Dans l'article L1232-1, 16°, en projet, il convient de faire mention de l'inscription, non seulement aux registres de la population, mais aussi au registre des étrangers ou au registre d'attente.

Par ailleurs, en définissant le terme « indigent » par l'« absence de ressources ou de ressources suffisantes pour couvrir ses besoins élémentaires en référence à la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale », le texte ne permet pas de déterminer à quelles dispositions exactes de cette loi il renvoie. Il gagnerait à être précisé sur ce point.

4. Dans l'article L1232-1, 18°, en projet, on remplacera le mot « anominale » par les mots « dépourvue de nom ».

¹ Il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette expression.

5. Il résulte du commentaire de l'article 2 que c'est au terme de la désaffectation d'une sépulture que le gestionnaire public peut prendre l'initiative d'une exhumation entrant dans la définition de l'expression « exhumation technique » que donne l'article L1232-1, 20°, en projet.

L'avant-projet doit le préciser.

Article 3

1. L'article L1232-2, § 4, alinéa 1^{er}, en projet appelle les observations suivantes :

a) La première phrase distingue, d'une part, les fœtus nés sans vie entre le 106^{ème} et le 180^{ème} jour de grossesse et, d'autre part, les enfants.

La question se pose de savoir ce que les auteurs de l'avant-projet entendent exactement par le mot « enfants ». S'agit-il uniquement des enfants morts au moment de l'accouchement et des enfants nés vivants mais décédés avant la constatation officielle de la naissance² ? Ou le texte est-il à entendre plus largement ?

L'avant-projet sera précisé sur ce point.

b) Selon la deuxième phrase, l'article L1232-21 en projet n'est pas applicable aux emplacements situés dans la parcelle des étoiles.

Si, en soi, rien ne s'y oppose, encore convient-il alors que l'avant-projet règle, pour cette parcelle, diverses questions régies par l'article L1232-21 en projet. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la conservation, par le gestionnaire public, de l'adresse de courrier électronique et de l'adresse du domicile de la personne qui a introduit la demande de sépulture, ainsi que de l'enlèvement des signes indicatifs de sépulture et du sort des matériaux lors de la récupération des emplacements.

L'avant-projet sera revu sur ce point.

c) Le contenu du « plan directeur », que prévoit la quatrième phrase, gagnerait à être précisé.

2. En vertu de l'article L1232-2, § 4, alinéa 2, en projet, le gestionnaire public peut « aménager une parcelle permettant le respect des rites de funérailles et de sépultures des cultes reconnus ».

² C'est-à-dire des enfants pour lesquels le Code civil prévoit l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie (voir l'article 80*bis* de ce Code, auquel se substitueront les articles 58 et 59 dudit Code lorsque l'article 4 de la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges civils sera en vigueur).

Il conviendrait de justifier, au regard des dispositions garantissant la liberté de pensée, la liberté de conscience et la liberté de religion³ et des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, la limitation du bénéfice de l'application du texte en projet aux rites de cultes présentant la caractéristique d'être reconnus.

Par ailleurs, on n'aperçoit pas ce qui peut justifier, au regard des mêmes dispositions et principes, l'exclusion de la prise en compte de convictions ne donnant pas lieu à l'exercice d'un culte.

On observera aussi que le gestionnaire public ne pourrait décider de fixer lui-même l'endroit de la sépulture du défunt, en fonction de la religion ou des convictions professées du vivant de ce dernier. Si tel était le cas, il en résulterait en effet une méconnaissance du principe de neutralité auquel le gestionnaire public est tenu.

L'avant-projet gagnerait à apporter les précisions nécessaires pour garantir que les décisions à prendre en la matière ne puissent résulter que de la seule manifestation expresse de volonté exprimée soit par le défunt de son vivant, soit par un proche, soit par la personne qualifiée pour pourvoir aux funérailles⁴.

L'avant-projet sera revu pour tenir compte de cette observation.

Article 4

La disposition à l'examen ne semble pas avoir d'autre objet que de confirmer une règle résultant déjà de l'article L1232-6, § 2, seconde phrase, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Si tel est effectivement le cas, cette disposition est inutile et sera omise.

Article 5

1. En ce qui concerne les exhumations « de confort » auxquelles il serait procédé « sur initiative du gestionnaire public », il est renvoyé à l'observation n° 1 formulée à propos de l'article 2 de l'avant-projet.

À cet égard, il semble que l'exhumation « de confort » évoquée notamment au paragraphe 2, alinéas 3, 4 et 6, en projet ne concerne pas les exhumations faites à l'initiative du gestionnaire public.

³ Voir en particulier l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 19 de la Constitution.

⁴ Voir en ce sens l'avis n° 63.532/4 donné le 18 juin 2018 sur un avant-projet d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale 'sur les funérailles et sépultures', observations formulées sous l'article 3.

2. En vertu du paragraphe 1^{er} et du paragraphe 2, alinéa 3, de l'article L1232-5 en projet, c'est au bourgmestre – ou à son délégué – qu'il incombe d'autoriser les exhumations « de confort ». Il ressort du paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du même article que, pour les cimetières et établissements crématoires intercommunaux, il s'agit du bourgmestre – ou de son délégué – de la commune sur le territoire de laquelle le cimetière ou l'établissement crématoire est établi.

Toutefois, à lire l'article L1232-5, § 2, alinéa 5, en projet, en ce qui concerne les cimetières cinéraires gérés par une intercommunale, l'autorisation d'exhumation « de confort » serait délivrée par « le titulaire de la fonction dirigeante locale »⁵.

La combinaison et, partant, la cohérence de ces dispositions n'apparaissent pas clairement.

En tout état de cause, on n'aperçoit pas ce qui peut justifier, au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, l'existence d'un régime particulier, sur ce point, pour les cimetières cinéraires gérés par une intercommunale.

L'avant-projet sera revu en conséquence.

3. L'article L1232-5, § 2, alinéa 1^{er}, seconde phrase, en projet interdit toute exhumation dans un délai de huit semaines à cinq ans suivant l'inhumation.

Le commentaire de l'article 5 justifie le délai de huit semaines que prévoit cette disposition notamment par le fait que le testament est porté à la connaissance de la famille dans les huit semaines qui suivent le décès.

Il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette explication.

Le texte sera réexaminé et, le cas échéant, revu sur ce point.

4. En prévoyant que la décision d'autoriser une exhumation « de confort » doit être motivée, la phrase introductive de l'article 1232-5, § 2, alinéa 3, en projet n'a d'autre objet que de confirmer une obligation résultant de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'. Un tel rappel est inutile. En outre, le rappel par un décret d'une règle figurant dans une législation fédérale, présente l'inconvénient d'être susceptible d'induire en erreur sur la nature juridique exacte de cette règle.

En conséquence, dans la disposition à l'examen, les mots « par décision motivée » seront omis.

⁵ Comme l'a indiqué la déléguée de la ministre, le texte vise par là la personne occupant la position hiérarchique la plus élevée dans l'intercommunale (voir l'article L5111-1, alinéa 1^{er}, 7°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation).

5. En ce qui concerne ce qu'il y a lieu d'entendre par le mot « enfants », pour l'application de l'article 1232-5, § 2, alinéa 3, 2°, en projet, il est renvoyé à l'observation n° 1, a), formulée sur l'article 3 de l'avant-projet.

6. L'article 1232-5, § 2, alinéa 6, première phrase, en projet prévoit que

« [l]es exhumations de confort de cercueils peuvent être réalisées uniquement par des entreprises privées ».

Le commentaire de l'article 5 explique à ce propos que « la réalisation d'exhumations « de confort », contrairement à la réalisation d'exhumations techniques, ne relève pas de la mission de service public propre aux gestionnaires des cimetières ».

En vue de refléter au mieux cette idée, il conviendrait plutôt de rédiger le texte de l'avant-projet en ce sens que le gestionnaire public ne peut être tenu de faire réaliser directement par ses services les exhumations « de confort » de cercueils.

Article 9

1. L'article L1232-12/1, § 1^{er}, en projet doit être complété pour prendre en considération l'hypothèse visée à l'article L1232-10 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

2. Dans l'article L1232-12/1, § 2, seconde phrase, en projet, dès lors que la tenue du registre des cimetières incombe au gestionnaire public⁶ et que celui-ci peut être, non seulement une commune, mais aussi une régie communale autonome ou une intercommunale⁷, on remplacera les mots « La commune » par les mots « Le gestionnaire public ».

Article 10

Dans l'article L1232-16, alinéa 3, en projet, la précision selon laquelle la concession préexistante doit être « familiale ou avec liste » paraît laisser entendre que le texte exclut de son champ d'application des hypothèses telles que celle où, comme le prévoit l'article L1232-7, § 3, alinéa 6, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, une concession sert aux membres d'une ou de plusieurs communautés religieuses ou aux personnes qui en expriment chacune leur volonté auprès de l'autorité communale.

On n'aperçoit pas ce qui pourrait justifier cette exclusion au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination.

⁶ Article L1232-2, § 1^{er}, alinéa 3, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁷ Article L1232-1, 17°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Les mots « familiale ou avec liste » seront donc omis.

Article 12

Dans l'article L1232-18, § 3, alinéa 4, en projet, mieux vaut remplacer les mots « en terrain privé » par les mots « pour lesquelles une dérogation a été accordée ».

Par ailleurs, on note que cette disposition ne rend pas applicable l'article L1232-19 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation aux inhumations pour lesquelles une dérogation a été accordée en vertu de l'article L1232-18, § 3. Il résulte du commentaire de l'article 12 que ceci est dû au fait que l'article L1232-19, qui est relatif aux inhumations en pleine terre, « ne paraît pas adapté aux inhumations en terrain privé en vertu du principe de salubrité ».

Il semble qu'il faut déduire de cette explication que les auteurs de l'avant-projet entendent empêcher qu'une dérogation puisse être accordée, sur la base de l'article L1232-18, § 3, pour une inhumation en pleine terre.

Si telle est effectivement l'intention, celle-ci doit être expressément reflétée dans l'avant-projet.

Article 14

1. L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier s'il n'y a pas une incohérence entre, d'une part, le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, et le paragraphe 2, alinéa 2, première phrase, en projet, qui ne font mention que de « la personne ayant introduit la demande de sépulture », et, d'autre part, le paragraphe 2, alinéa 5, 2^o, de la même disposition, qui vise tant « la personne ayant introduit la demande de sépulture » que ses ayants droits.

2. Ni l'objet ni la portée de l'article L1232-21, § 1^{er}, alinéa 3, en projet n'apparaissent clairement. En outre, le texte manque de précision lorsqu'il fait état de l'initiative de « la famille ».

L'avant-projet sera revu sur ce point.

3. L'article L1232-21, § 2, alinéa 2, en projet ne doit-il pas être complété pour prévoir que l'affiche est enlevée dès réception, par le gestionnaire public, du paiement dû pour l'exhumation⁸ ?

⁸ À l'instar de ce que prévoit la seconde phrase de la disposition par laquelle l'avant-projet suggère de remplacer l'article L1232-8, § 2, alinéa 3, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

En outre, la deuxième phrase de l'alinéa 2 devrait être remplacée par ce qui suit :

« En cas de demande d'exhumation, la personne qui introduit cette demande s'acquitte, dans le mois, du montant dû. À défaut, une copie de l'acte [la suite comme à l'avant-projet] ».

4. L'article L1232-21, § 2, alinéa 3, en projet manque de clarté, tant dans la détermination des divers cas de figure à prendre en considération que dans la fixation du contenu des règles à appliquer. Le mot « familles » manque de précision pour identifier les personnes qui sont visées. En outre, on se demande sur quoi exactement porte l'« autorisation écrite du bourgmestre ou de son délégué ».

L'avant-projet sera revu pour tenir compte de cette observation.

5. Le contenu du « plan directeur », que prévoit l'article L1232-21, § 3, en projet, gagnerait à être précisé.

6. Dans l'article L1232-21, § 4, seconde phrase, en projet, pour le même motif que celui indiqué dans l'observation n° 2 formulée sur l'article 9 de l'avant-projet, on remplacera les mots « La commune » par les mots « Le gestionnaire public ».

7. Dans l'article L1232-21, § 5, 2°, en projet, il n'est pas pertinent de faire état de « toute personne intéressée visée à l'article L1232-1, 9° ».

En effet, cette dernière disposition est essentiellement conçue pour s'appliquer dans l'hypothèse d'une concession de sépulture, laquelle hypothèse est étrangère au champ d'application de l'article L1232-21, § 5, en projet.

L'avant-projet sera revu pour tenir compte de cette observation.

Article 15

Au 2°, il y a lieu d'écrire à la fin « dispositions prévues au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 3°, c) ».

OBSERVATION FINALE

Il appartiendra au législateur d'examiner, en ayant égard au contenu et aux effets des modifications apportées à l'ordonnancement juridique par le décret en projet ⁹, s'il ne convient pas d'insérer des dispositions transitoires en vue d'éviter de porter une atteinte excessive aux attentes légitimes de catégories déterminées de personnes et, ce faisant, d'éviter de méconnaître les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination ¹⁰.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT

⁹ On pense ainsi, par exemple, aux effets combinés de l'abrogation de l'article L1232-17, § 2, alinéa 1^{er}, troisième phrase, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et des dispositions qui, selon l'avant-projet, sont appelées à former l'article L1232-12/1, § 2, première phrase, et l'article 1232-21, § 4, première phrase, du même Code.

¹⁰ Sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative au principe de la légitime confiance, lire J. THEUNIS, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2008, pp. 5 et s. Dans la jurisprudence récente, voir par exemple l'arrêt n° 39/2017 du 16 mars 2017.