CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 68.550/2
du 20 janvier 2021

sur

un avant-projet de décret conjoint de la Communauté française et de la Région wallonne 'instituant un Défenseur des enfants commun à la Communauté française et à la Région wallonne'

‡LW-GBBVNBADF-GIFFAUQ‡

Le 18 décembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale, de l'Égalité des chances et des Droits des femmes de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret conjoint de la Communauté française et de la Région wallonne 'instituant un Défenseur des enfants commun à la Communauté française et à la Région wallonne'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 20 janvier 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 janvier 2021.

*

‡LW-CBBVNBADF-GIFFAUQ‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 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.

1. Comme l'indique l'exposé des motifs, le statut envisagé du défenseur des enfants reprend celui conféré au délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant par le décret de la Communauté française du 20 juin 2002 'instituant un délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant', tel qu'il a été modifié par le décret de la Communauté française du 7 décembre 2007 'modifiant le décret du 20 juin 2002 instituant un délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant en vue de renforcer l'indépendance et l'impartialité de ce dernier'.

D'un côté, en vertu de l'article 2 de l'avant-projet de décret conjoint, le défenseur des enfants est institué auprès des Gouvernements. Les Gouvernements peuvent attribuer au défenseur des enfants des missions supplémentaires à celles que lui assigne l'article 3. Le défenseur est désigné par les Gouvernements (article 5, § 1er, alinéa 2). Les Gouvernements peuvent mettre fin au mandat du défenseur des enfants (article 5, § 2). Le défenseur des enfants est placé sous la tutelle administrative des Gouvernements (article 6, alinéa 1er), qui ne peuvent toutefois lui adresser d'injonction (article 6, alinéa 2). Les Gouvernements mettent à la disposition du défenseur des enfants le personnel nécessaire à la réalisation de ses missions et fixent le cadre de ses services (article 9). Les Gouvernements arrêtent conjointement les modalités du financement des missions du défenseur des enfants (article 10).

D'un autre côté, les Parlements établissent pour chaque mandat une liste non exhaustive des domaines prioritaires dans lesquels le défenseur des enfants exerce sa mission (article 3, alinéa 2), entendent les candidats à la fonction de défenseur des enfants et remettent un avis conjoint aux Gouvernements sur les candidatures à la fonction (article 5, § 1er, alinéa 1er) et transmettent un avis aux Gouvernements sur l'opportunité de mettre fin au mandat du défenseur des enfants (article 5, § 2).

2. Dès son avis n° 32.319/4 donné le 11 mars 2002 sur l'avant-projet devenu le décret du 20 juin 2002, la section de législation du Conseil d'État estimait que le texte à l'examen devait être fondamentalement revu :

> « De ce qui précède, il résulte que, si la Communauté française souhaite effectivement, comme l'envisage l'avant-projet de décret, instituer la fonction de délégué général auprès du Gouvernement, c'est à ce dernier qu'il incombe de créer et d'organiser cette fonction et de régler la mise à disposition de celui-ci de membres du personnel de ses services. Ce faisant, le Gouvernement ne pourrait cependant attribuer des missions au Conseil de la Communauté française, ni imposer des obligations aux tiers ; des dispositions en ce sens ne pourraient résulter que d'une intervention du

‡LW-CBBVNBADF-GIFFAUQ‡

législateur, qui viendrait ainsi compléter les mesures réglementaires adoptées par le Gouvernement.

Ceci étant, une autre voie pourrait être envisagée, consistant à placer le délégué général dans l'orbite du pouvoir législatif et à l'ériger ainsi en autorité quasi parlementaire exerçant des activités collatérales à celles du Conseil de la Communauté française [1]. Cette solution, qui serait de nature à garantir l'indépendance du délégué général à l'égard du Gouvernement, permettrait au législateur de créer et d'organiser lui-même la fonction de délégué général [2] » [3].

La nécessité de choisir l'orbite gouvernementale ou parlementaire dans laquelle faire graviter le défenseur des enfants a été réitérée dans l'avis n° 43.649/4 donné le 9 octobre 2007 sur l'avant-projet devenu le décret du 7 décembre 2007 :

« Or, dès lors que la fonction de délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant a été instituée auprès du Gouvernement, seul celui-ci est, en application de l'article 87, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, habilité à régler les incompatibilités qu'il estime devoir prévoir à son endroit [4] : telle était du reste aussi la conception développée par le législateur lorsqu'il a adopté le décret du 24 juin 2002, le commentaire des articles cités ci-avant indiquant que relèvent de la compétence du Gouvernement notamment 'les conditions à remplir pour pouvoir être désigné en qualité de délégué général' et 'le régime d'incompatibilités du délégué général'.

Par conséquent, à défaut d'une remise en cause fondamentale de l'option initialement retenue et poursuivie ultérieurement – ce qui impliquerait une révision complète du décret du 24 juin 2002 – il n'appartient pas au législateur décrétal d'organiser le régime d'incompatibilités qui s'attache à la fonction de délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant ; ceci doit être l'œuvre du Gouvernement » [5].

---

[1] *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité :* Pour utiliser une expression directement inspirée de celle qui contribue à définir le statut des médiateurs : voir en ce sens l'avis 22.853/2, donné le 8 décembre 1993, par la section de législation du Conseil d'État sur l'avant-projet devenu la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux (*Doc. Ch.*, 1436/1- 93/94, p. 15).

[2] *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité :* Ceci toutefois sous une réserve : comme indiqué plus haut, le législateur n'a pas à régler, ou à habiliter le Gouvernement à régler, la mise à disposition du délégué général de membres du personnel des services du Gouvernement. C'est au Gouvernement seul qu'il appartient d'en décider.

[3] *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2001-2002, n° 259/1, p. 10 ; http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/32319.pdf.

[4] *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité :* En ce sens, voir l'avis 39.825/AG donné le 20 février 2006 par l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur une proposition de loi et divers amendements devenus la loi du 14 juin 2006 modifiant la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de discipline des Forces armées en vue de permettre l'accès à certains mandats politiques et portant des dispositions diverses, spécialement le numéro 21 (Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 1809/6).

[5] *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2007-2008, n° 469/1, p. 14 ; http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/43649.pdf.

‡LW-CBBVNBADF-GIFFAUQ‡

Dans son avis n° 47.639/4 donné le 18 janvier 2010 sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 20 juin 2002 instituant un délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant', non avenu, la section de législation du Conseil d'État saluait la clarification envisagée :

> « L'avant-projet à l'examen se caractérise par les éléments suivants :
>
> – il institue le délégué général auprès du Parlement et non plus du Gouvernement (article 2 en projet) ;
>
> – il place le délégué général sous l'autorité du Parlement et non plus du Gouvernement (article 6 en projet) ;
>
> – il attribue au Parlement la compétence de nommer le délégué général (article 8, § 1er, en projet), de mettre fin à son mandat (article 11 en projet), de nommer et révoquer les membres du personnel qui assistent le délégué général (article 14, § 2, alinéa 1er, en projet) ;
>
> – il règle le statut du fonctionnaire du Gouvernement qui serait désigné en tant que délégué général (article 8, § 3, en projet) ;
>
> – il habilite le Parlement à adopter des arrêtés d'exécution relatifs au statut administratif et pécuniaire du délégué général en se conformant néanmoins à un arrêté gouvernemental (article 14, § 1er, en projet), ainsi qu'au statut et au cadre du personnel, cette fois sur proposition du délégué général (article 14, § 2, alinéa 2, en projet).
>
> Si l'avant-projet examiné est adopté, l'institution du délégué général aux droits de l'enfant sera organisée d'une manière très similaire à d'autres institutions, tels les médiateurs [6] ou le Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande [7] » [8].

Il appartient donc aux auteurs de l'avant-projet de faire le choix exposé dans les avis nos 32.319/4 et 43.649/4 précités entre un dispositif, trouvant sa source dans un arrêté du Gouvernement, plaçant le défenseur des enfants dans l'orbite du pouvoir exécutif et donc pour l'essentiel institué et organisé par lui, et un dispositif décrétal le plaçant dans l'orbite du pouvoir législatif en tant qu'organe collatéral des parlements.

En tout état de cause, et tel qu'il est actuellement conçu, l'avant-projet de décret conjoint examiné ne saurait advenir puisqu'un décret ne peut, sans violer l'article 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', s'immiscer dans l'organisation du pouvoir exécutif et de ses services en instituant auprès des gouvernements la fonction de défenseur des enfants, fonction dont ces gouvernements sont notamment chargés de désigner

---

[6] *Note de bas de page n° 3 de l'avis cité :* Voir notamment la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux et le décret du 20 juin 2002 portant création du service du médiateur de la Communauté française.

[7] *Note de bas de page n° 4 de l'avis cité :* Voir le décret de la Communauté flamande du 15 juillet 1997 portant création d'un Commissariat aux Droits de l'Enfant et instituant la fonction de Commissaire aux Droits de l'Enfant.

[8] http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/47639.pdf, pp. 2 et 3.

‡LW-CBBVNBADF-GIFFAUQ‡

le titulaire, de mettre fin à son mandat, d'exercer à son égard la tutelle administrative et de mettre à sa disposition le personnel nécessaire à la réalisation de ses missions [9].

3. Vu le caractère fondamental de ces observations, il ne paraît pas utile de poursuivre plus avant l'examen de l'avant-projet. Il revient en effet à ses auteurs, préalablement à l'examen du fond auquel le Conseil d'État devrait procéder, de faire le choix, en toute cohérence, dont il vient d'être question.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER Pierre VANDERNOOT

[9] Sur les cas dans lesquels, en matière de fonction publique relevant du pouvoir exécutif, l'intervention du législateur, sur certaines questions, est toutefois requise ou admise, il est renvoyé à l'observation n° 9 formulée dans l'avis n° 64.133/AG donné le 5 octobre 2018 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 22 juillet 1993 portant certaines mesures en matière de fonction publique' (http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64133.pdf).

‡LW-GBBVNBADF-GIFFAUQ‡