

BL.

L.15.527/8.

CONSEIL D'ETAT - RAAD VAN STATE LEGISLATION - WETGEVING L
10-11-1983
Transmis à M. <i>Coordination</i> Overgemaakt aan de H.

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, achtste kamer, de 30e mei 1983 door de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers verzocht hem van advies te dienen over een amendement op een voorstel van wet "tot wijziging van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van een Regie der Gebouwen", heeft de 29e september 1983 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, huitième chambre saisi par le Président de la Chambre des Représentants, le 30 mai 1983, d'une demande d'avis sur un amendement à la proposition de loi "modifiant la loi du 1er avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments", a donné le 29 septembre 1983 l'avis suivant :

1. Op 15 februari 1983 heeft de heer CARDOEN, lid van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, een wetsvoorstel ingediend strekkende tot invoeging van een artikel 17bis in de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van een Regie der Gebouwen (Parl. doc., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 533 (1982-1983) - nr 1). Op 18 mei 1983 heeft de heer LERNOUX namens de Kamercommissie voor de infrastructuur verslag uitgebracht over dat voorstel (Ibid., 533 (1982-1983) - nr 2); de commissie heeft het voorstel met 10 tegen 6 stemmen aangenomen (loc. cit., p. 6). Op 26 mei 1983 heeft de Regering een amendement ingediend op de aldus aangenomen tekst (Ibid., 533 (1982-1983) - nr 3) (1); zij stelt een volkomen nieuwe tekst voor voor het in te voegen artikel 17bis.

Het is over dit amendement dat de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers de Raad van State om advies verzocht.

2. Het amendement kan een afgezwakte versie van het wetsvoorstel worden genoemd. Het houdt, geresumeerd, in wat volgt.

Het handelt over twee categorieën van personeelsleden die voor het ogenblik in dienst zijn bij de Regie der Gebouwen.

.../...

(1) De drie stukken waarnaar verwezen werd, zullen we gemakshalve hierna respectievelijk kortweg noemen het stuk 533-1, het stuk 533-2 en het stuk 533-3.

De eerste categorie is die der contractueel aangeworven personeelsleden in dienst "op 12 april 1976 tot vandaag". Het amendement bepaalt dat ze vast worden benoemd. Het bepaalt verder dat ze worden benoemd in een wervingsgraad van het niveau waartoe zij op 12 april 1976 behoorden wanneer zij in het bezit zijn van het diploma of van het studiegetuigschrift dat toegang verleent tot die graad; wanneer zij daar niet in het bezit van zijn, worden ze volgens het amendement benoemd in een wervingsgraad van het onmiddellijk lagere niveau behalve indien zij slagen voor een examen, georganiseerd door de Vaste Wervingssecretaris, dat toegang verleent tot het hogere niveau.

De tweede categorie van personeelsleden wordt gevormd door de ambtenaren van "... een ministerie, ... een Staatsdienst of ... een instelling van openbaar nut" die uitdrukkelijk en persoonlijk ter beschikking zijn gesteld van de Regie. Deze "kunnen" bij de Regie worden benoemd in de graad die de hunne was vóór deze terbeschikkingstelling. Bovendien zal voor hen door de Vaste Wervingssecretaris een examen worden georganiseerd om het hen mogelijk te maken benoemd te worden in de aanwervingsgraad van het hogere niveau.

3. De twee categorieën van personeelsleden waar het amendement het over heeft, vindt men terug - de categorieën, daarom nog niet alle personeelsleden die het amendement viseert - in artikel 17, oorspronkelijke tekst, van voornoemde wet van 1 april 1971 waarbij de Regie der Gebouwen wordt opgericht, juist het artikel dus na hetwelk het artikel 17bis dat het voorwerp is van het amendement, zou komen. Dit artikel 17 luidde namelijk als volgt :

.../...

"Artikel 17. § 1. Voor zover zijn middelen het mogelijk maken, stelt de Staat de nodige diensten, uitrusting, gebouwen en installaties ter beschikking van de Regie. Deze terbeschikkingstelling valt ten laste van de Regie.

De Regie mag bovendien de gebouwen, de uitrusting en de installaties bouwen, aankopen of huren die nodig zijn voor de vervulling van haar taak. Zij mag eveneens aanvullend personeel aanwerven en zich alle verdere medewerking verschaffen om haar taak te kunnen vervullen.

§ 2. Het aanvullend personeel van de Regie, wordt, overeenkomstig de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, op contract in dienst genomen.

Op dat personeel is van toepassing artikel 11, § 3, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, genomen ter uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

Inzake kinderbijslag, jaarlijkse vakantie, vakantie-geld en officiële feestdagen is het onderworpen aan de voor de rijksambtenaren geldende regeling.

§ 3. De Regie mag bijzondere uitkeringen verlenen aan het overheidspersoneel, dat te harer beschikking wordt gesteld, alsmede aan het aanvullend personeel" (1).

Bij artikel 52, 2°, van de wet van 28 december 1973 betreffende de budgettaire voorstellen 1973-1974 worden in het zojuist overgeschreven artikel alle bepalingen opgeheven die betrekking hebben op het contractueel aan te werven aanvullend personeel, namelijk "a) artikel 17, § 1, tweede lid, tweede volzin; b) artikel 17, § 2; c) de woorden "alsmede aan het aanvullend personeel" in artikel 17, § 3";

.../...

(1) Zie ook de allusie op de twee bedoelde personeels-categorieën in artikel 4, tweede lid, van dezelfde wet.

in datzelfde artikel 52 worden trouwens gelijkaardige bepalingen over contractuele aanwerving van personeel in andere instellingen eveneens opgeheven. Dit artikel 52 sluit nauw aan bij artikel 51 van dezelfde wet. Daar wordt immers als principe vooropgesteld dat, in de in § 1 opgesomde diensten - waaronder de instellingen van openbaar nut onderworpen aan de wet van 16 maart 1954, onder meer dus de Regie der Gebouwen - "niettegenstaande elke andere bepaling de aanwervingen uitsluitend (geschieden) volgens de regelen bepaald in de statuten van het personeel" (§ 2); verderop wordt bepaald dat de Koning, "in de gevallen en onder de voorwaarden welke Hij bepaalt", kan afwijken van dat principe door te "voorzien in andere aanwervingsprocedures".

De "statuten van het personeel" waarnaar aldus in artikel 51 verwezen wordt, vindt men voor het personeel van de Regie der Gebouwen in het koninklijk besluit van 8 januari 1973 tot vaststelling van het statuut van het personeel van sommige instellingen van openbaar nut (zie artikel 1, § 1, VII, 2°), welk statuut de Koning heeft vastgesteld ter uitvoering van artikel 11, § 1, van de voornoemde wet van 16 maart 1954.

Evengenoemd artikel 51 van de wet van 28 december 1973 wordt vervangen bij artikel 78 van de Programmawet 1981 van 2 juli 1981. De hierboven aangehaalde bepalingen van de originele tekst vindt men er echter, enkele vormwijzigingen niet te na gesproken, in terug (zie § 3 van het nieuwe artikel 51). Voor het overige wordt de regeling nog verstrakt, doordat nu ook een principieel verbod wordt uitgevaardigd het bij de organieke personeelsformatie vastgestelde personeelsbestand te overschrijden (§ 2 van hetzelfde artikel).

.../...

Paragraaf 3 van het aldus vervangen artikel 51 wordt bij artikel 14 van het koninklijk besluit nr 56 van 16 juli 1982 betreffende de werving in sommige overheidsdiensten aangevuld met een nieuw lid dat tot gevolg heeft dat deze paragraaf niet langer geldt voor de Regie der Gebouwen, op een voorbehoud, gemaakt in artikel 17 van hetzelfde besluit, na. In hetzelfde besluit komen echter bepalingen voor die, onder meer voor een instelling als de Regie der Gebouwen (zie artikel 1 van het besluit), de regel hernemen dat niettegenstaande elke andere bepaling de aanwervingen geschieden volgens de in de personeelsstatuten gestelde regels en wordt zelfs de uitzondering op dit principe, krachtens welke de Koning kan voorzien in andere wijzen van aanwerving, verengd doordat ze niet meer geldt voor de aanwerving van vaste personeelsleden (artikel 8 van het besluit).

4. Het amendement (net trouwens zoals het wetsvoorstel) gaat onvermijdelijk uit van de gedachte dat in hun huidige stand de wetgeving en de reglementering het niet mogelijk maken de in het amendement geviseerde terbeschikkinggestelden en contractueel aangeworvenen een nieuwe rechtspositie te verlenen door hen vast te benoemen op de wijze geregeld in het amendement; het wil dus een wettelijke grondslag aan deze benoemingen verschaffen. Blijkens het verslag over het wetsvoorstel (stuk 533-2), heeft de Vice-Eerste Minister en Minister van Binnenlandse Zaken en Openbaar Ambt bovendien verklaard, wat betreft de contractueel aangeworvenen, dat hun contractuele aanwerving niet eens wettig is geschied, daar ze "na 1973" - bedoeld zal zijn na de inwerkingtreding van de in 3. aangehaalde wet van 28 december 1973 (1) - zijn aangeworven. Over de (of sommige) terbeschikkinggestelden heeft hij verklaard dat ze,

.../...

(1) Krachtens haar artikel 55 is ze in werking getreden op 29 december 1973.

eens ter beschikking gesteld, onregelmatig werden bevorderd (zelfde stuk, p. 3). Steeds naar de Minister meedeelt, beschikken velen onder de bevorderden niet over de vereiste diploma's (zelfde stuk, p. 4). Hij stelt ook vast dat de (contractueel aangeworven ?) geviseerde personeelsleden niet voorkomen in de personeelsformatie van de Regie, daar de Regie sedert 1 januari 1982 geen personeelsformatie meer bezit (zelfde stuk, p. 5). "Tot besluit" verklaart hij dat het Vast Wervingssecretariaat conform de wet van 2 juli 1981 en het koninklijk besluit nr 56 van 16 juli 1982 (1) na twee jaar een einde heeft moeten maken aan de contracten van de met een opdracht belaste ambtenaren en dat de Minister van Openbare Werken die contracten niet kan vernieuwen; hij voegt eraan toe dat het Vast Wervingssecretariaat nog tot andere opzeggingen zal moeten overgaan (zelfde stuk, p. 6).

5. De tekst van het wetsvoorstel (stuk 533-1), waarvan het aan de Raad van State voorgesteld amendement als gezegd een afgezwakte versie is, vindt men, op enkele datum aanpassingen na, woordelijk terug in artikel 9 van een ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van een Regie der Gebouwen" dat op 25 februari 1982 door de Minister van Openbare Werken voor advies aan de Raad van State werd voorgelegd. In zijn op 13 mei 1982 uitgebrachte advies L. 14.524/1 heeft de Raad van State vastgesteld "dat een annulatieberoep werd

.../...

- (1) De Minister doelt kennelijk op de wet en het koninklijk besluit waarvan sprake in 3. hierboven en wel bepaaldelijk op die artikelen welke aldaar zijn aangehaald (wat de overtreden bepalingen betreft) en op artikel 12 van het koninklijk besluit (wat het optreden van de Vaste Wervingssecretaris ter sanctionering van de overtreding van die bepalingen betreft).

ingesteld tegen 34 benoemingen en/of bevorderingen die door de Minister in de Regie werden gedaan "op volgens het organiek personeelskader onbestaande betrekkingen, zonder bekendmaking van vacatures of oproep tot kandidaten".

6. Het is niet de taak van de afdeling wetgeving van de Raad van State na te gaan of de in het amendement geïnviseerde benoemingen in de huidige stand van de wetgeving stuk voor stuk genomen al dan niet onwettig zijn (1); daarom juist heeft zij zich in wat tot nog toe werd uiteengezet ervan onthouden deze benoemingen eerst behoorlijk te identificeren en ze vervolgens aan de bestaande wetgeving te toetsen. Wat de afdeling wetgeving wel dient na te gaan is of de wetgever benoemingen die hij onwettig acht, vermag te valideren door een ingreep als ontworpen in het te adviseren amendement.

7. Voor zover in dat amendement (ook) benoemingen zijn geïnviseerd die door het in 5. vermelde annulatieberoep worden bestreden, volstaat de Raad ermee te verwijzen naar zijn adviezen en naar de rechtsleer waarin strijdig met het grondwettelijk principe van de scheiding der machten wordt genoemd het procédé (dat varianten vertoont) van de validering door de wetgevende macht van handelingen van de administratie die door een rechtscollège onrechtmatig zijn bevonden of die

.../...

(1) Onwettig om de redenen door de Minister opgegeven (boven, 4) of om andere (bijvoorbeeld strijdigheid met de taalwetten wegens ontstentenis van taalkaders) of om een mengsel van beide.

het voorwerp uitmaken van een beroep bij een rechtscollege (1)
(2).

7.1. Voor zover in het amendement (ook) benoemingen zijn gevisieerd waarvan (vooralsnog) de rechtmatigheid niet voor de Raad van State of voor een ander rechtscollege wordt betwist, wil de Raad van State aanmerken dat ook dan het principe van de machtenscheiding op het probleem betrokken moet worden. Immers, met het amendement wordt, bewust, iedere mogelijkheid uitgeschakeld om de bedoelde benoemingen, reeds gedaan of ter uitvoering van de in het amendement voorgestelde bepaling te doen, op grond van hun niet-conformiteit

.../...

-
- (1) Zie met name de adviezen van 26 januari 1965 (Parl. doc., Senaat, 1964-1965, nr 113); 6 oktober 1972 (ibid., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 432 (1972-1973) - nr 1); 31 oktober 1972 (ibid., 608 (1972-1973) - nr 1); zie ook parlementaire reacties op dit advies in de stukken, Parl. doc., Senaat 1972-1973, nrs 386 en 387; 7 september 1973 (ibid., Kamer, 608 (1972-1973) - nr 7); 24 november 1977 (ibid., 186 (1977-1978) - nr 1) en 25 april 1983 (ibid., 643 (1982-1983) - nr 1).

Voor rechtsleer zie bv. Les Nouvelles, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat, nrs 1958-1963; VANDER STICHELE, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen, 1975, 76; M.-A. FLAMME, Journal des Tribunaux, 1972, 442, (nr 28); P. BLONDEEL, Rechtskundig Weekblad, 1977-1978, 1139 en volgende (inzonderheid 1151 (nr 9); F. DUMON, ibid., 1980-1981, 894 (en de voetnoten).

- (2) Wel te verstaan, algemeen wordt erkend dat de inbreuk op het principe van de scheiding der machten die in de validerende wet besloten ligt, uitzonderlijk geduld kan worden. Een gezaghebbend Frans auteur als J.M. AUBT, tegenstander nochtans van de praktijk van validatie, noemt haar in bepaalde gevallen "inévitabile" (Revue du droit public, 1974, p. 1499).

met de bestaande wetgeving voor een rechtscollege te betwisten. Immers, het paralyseren van elke jurisdictionele controle, dat het wezenlijke voorwerp zelf is van de validatiewetten, is ook dan aanwezig (1).

8. Wat daar ook van zij, door een bepaling als vervat in het amendement komen de erin beoogde benoemingen wel buiten het bereik van de rechter - zeker van de nationale rechter - te staan, maar niet buiten het bereik van het recht.

Ook de wetgevende macht is door het recht gebonden. Met name door het gelijkheidsbeginsel, dat immers een grondwettelijke regel (artikel 6 van de Grondwet) is en uit dien hoofde ook boven de wetgevende macht staat. Concreet kan het gelijkheidsbeginsel in een zaak als de onderhavige betrokken worden onder de gedaante van het adagium "Patere legem quam ipse fecisti". Dat adagium is immers maar een derivaat, een verschijningsvorm van de gelijkheidsregel (2).

.../...

-
- (1) cfr. M. DE VILLIERS, "Jurisprudence constitutionnelle" in Revue administrative 1981, p. 34, 1e kolom.

De gevalideerde handeling wordt "injusticiable" : D. LOSCHALK, geciteerd door J.J. ISRAEL, La régularisation en droit administratif français, Parijs, L.G.D.J., 1981, p. 12.

- (2) L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur van het Belgisch administratief recht" in Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen, 1970, p. 385 (nr. 13); Ph. GERARD, Droit, égalité et idéologie, Bruxelles Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 169-172 en verwijzingen aldaar naar rechtsleer en rechtspraak; G. ZALMA "Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux" in Revue du droit public, 1980, 1100 en 1104-1105.

Ph. GERARD (op. et loco cit.) en F. DUMON ("De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen" in Rechtskundig Weekblad, 1975-1976, p. 215 en p. 220 (voetnoot 125) en de door hem geciteerde auteurs menen het adagium ook op het legaliteitsbeginsel, op het begrip rechtsstaat te mogen funderen. Het hoeft ternauwernood gezegd te worden dat met deze opvatting men zich nog dieper in het grondwettelijk recht bevindt, ja de kern zelf van onze Grondwet raakt.

.../...

Het verbiedt dat een overheid die een rechtsregel heeft uitgevaardigd, in een individueel geval dat onder de rechtsregel valt, van die rechtsregel zou afwijken. Welnu, in een particulier geval een nochtans toepasselijke regel niet toepassen, is de gelijkheid schenden; want zodoende behandelt men degenen op wie men de rechtsregel niet toepast anders - beter of slechter al naar het geval - dan degenen op wie men de rechtsregel wel toepast en wel - onder voorbehoud van wat hierna zal worden gezegd - zonder dat daarvoor een deugdelijke reden voorhanden kan zijn; immers, zo de gelijkheidsregel de overheid hoegenaamd niet verbiedt onderscheidingen te maken tussen diverse gevallen zolang daar maar een deugdelijke reden voor bestaat, als ze echter eenmaal een alle gevallen overkoepelende regel heeft uitgevaardigd, heeft ze, per hypothese, al deze gevallen als "gelijk" beschouwd en heeft ze dus bevonden dat er geen deugdelijke reden voorhanden is om deze gevallen verschillend te behandelen; haar toestaan in een individueel geval deze algemeen geldende beoordeling te ignoreren is haar - onder het daareven gemaakt voorbehoud - toestaan willekeurig, d.w.z. strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsprincipe, te handelen.

.....

vervolg voetnoot p. 10.

Cfr. ook Raad van State, arrest nr 18.510, DEWOLFS, 25 oktober 1977.

Zonder de "Patere ..." -regel aan het gelijkheidsprincipe te verbinden, schrijft M. LESAGE (Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 315): "... même un organe souverain doit respecter les règles qu'il se fixe à lui-même", dit om het procédé van de validatiewetten principieel te veroordelen.

9. In 8. is aangekondigd dat enig voorbehoud zou worden gemaakt bij de stelling dat geen deugdelijke reden voorhanden kan zijn om in een individueel geval van een rechtsregel af te wijken.

9.1. Die stelling geldt ten eerste niet wanneer naast de beschouwde rechtsregel een andere bestaat die juist toestaat, binnen min of meer nauwe perken, onder min of meer precies geformuleerde voorwaarden, van de eerstgenoemde af te wijken.

9.2. Ten tweede, aangenomen wordt dat in bepaalde omstandigheden de overheid de grondwettelijke voorschriften niet dient na te leven. De oorlogstoestand of de noodtoestand ("Nood breekt wet") wordt hier het meest, zo niet uitsluitend geciteerd (1). Men kan het echter wel wat ruimer nemen, maar dan toch zo dat slechts zeer uitzonderlijk het opzij schuiven van de grondwettelijke regels - de basis van een rechtsstaat - wordt geduld (2).

9.3. Ten derde is er het geval waarin de overheid de Grondwet niet kan naleven, het geval van overmacht.

.../...

(1) Zie A. MAST, Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht 1981, nr 421.

(2) Vergelijk voor Frankrijk, M. LESAGE, op. cit., p. 316 : Enkel "des circonstances exceptionnelles" kunnen het aannemen van validatiewetten, op zich een inbreuk op het legaliteitsbeginsel, rechtvaardigen.

Men zal natuurlijk minder geredelijk een aantasting van de grondwettelijke vrijheden aanvaarden. Samen met deze vrijheden is de gelijkheid echter in titel II van de Grondwet, "De Belgen en hun rechten", ondergebracht !

10. De Raad van State gaat nu over op de toetsing van de inhoud van het amendement aan de grondwettelijke gelijkheidsregel, zoals deze in het adagium "Patere legem quam ipse fecisti" tot uiting komt.

Hij meent dat het amendement ten opzichte van deze regel niet verantwoord is.

11. Wat is de "lex" die niet zou worden nageleefd door de in het amendement geviseerde individuele benoemingen (1) mogelijk te maken hoewel ze onwettig worden geacht ?

Het is het in 3.hierboven reeds ter sprake gebrachte voorschrift dat de aanwervingen uitsluitend dienen te geschieden volgens de regelen bepaald in de personeelsstatuten. Zoals eveneens aldaar gezien, werd aan dat voorschrift, wat bepaaldelijk de Regie der Gebouwen betreft, uitdrukkelijk wetskracht verleend, eerst in artikel 51 van de budgettaire wet van 28 december 1973, zowel in de oorspronkelijke als in de in artikel 78 van de Programma-wet van 2 juli 1981 herziene versie, daarna in het koninklijk besluit nr 56 van 16 juli 1982.

11.1. Een bijkomende reden om bijzonder veel gewicht te hechten aan de aldus uitgevaardigde regel, is dat de wetgever zelf bij de uitvaardiging ervan bijzonder streng is geweest : hij heeft op de niet-naleving ervan de uitzonderlijke sanctie van nietigheid van rechtswege gesteld (artikel 51, § 5, van voormelde wet van 28 december 1973, originele versie; artikel 51, § 6, herziene versie; artikel 9 van voormeld koninklijk besluit nr. 56).

Men treedt dus in de voetsporen van de wetgever wanneer men bijzonder strak de hand houdt aan de eerbiediging van de bedoelde regel.

.../...

(1) Niemand zal er blind voor blijven dat, al strekt het amendement ertoe de erin vervatte bepalingen in een wet in de materiële zin van dat woord in te voegen, deze bepalingen zelf slechts op welbepaalde, individueel aanwijsbare personen betrekking hebben.

12. Blijft dan de vraag of men zich niet in een van de uitzonderingsgevallen bevindt waarin de wetgever kan handelen tegen zijn verbod antistatutaire benoemingen te doen in.

12.1. Naast dit verbod bestaat er wel een wetsbepaling die toestaat er van af te wijken. Het is de bepaling reeds vermeld in 3. hierboven, krachtens welke de Koning kan voorzien in andere aanwervingsprocedures dan de statutair bepaalde.

Het is echter duidelijk dat in het amendement geen toepassing wordt gemaakt van deze afwijkingsregel; om deze toe te passen, is trouwens geen tussenkomst van de wetgever vereist, daar toe is de Koning juist bevoegd gemaakt; zo hier aan een ingrijpen van de wetgever wordt gedacht, dan is het precies met de bedoeling de onmacht te verhelpen waarin de Koning en andere administratieve organen verkeren om benoemingen als die beoogd in het amendement te doen. Kortom; de in ogenschouw genomen afwijkingsregel strekt ertoe voor de toekomst buiten de statutaire aanwervingsprocedures om wettige benoemingen mogelijk te maken; het amendement strekt ertoe onwettige benoemingen van in het verleden aangeworvenen mogelijk te maken.

In de in 9.1. omschreven hypothese bevindt men zich dus niet.

.../...

12.2. Bevindt men zich wel in de hypothese bedoeld in 9.2.?

Van oorlogstoestand of zelfs maar van een noodtoestand is vanzelfsprekend geen sprake.

Zijn er andere werkelijk zeer uitzonderlijke omstandigheden die een ingrijpen met voorbijgaan van het grondwettelijk gelijkheidsvoorschrift rechtvaardigen ?

Bij het amendement zelf is geen verantwoording gevoegd. Daar de tekst ervan een, zij het dan fel gemilderde herneming is van het wetsvoorstel 533-1, mag men aannemen dat de Regering de verantwoording die door de indiener van het wetsvoorstel is gegeven alsook die gegeven bij de bespreking van het voorstel (stuk 533-2) overtuigend genoeg heeft geacht om dat voorstel dan toch ten dele over te nemen.

Wat bevat de verantwoording van het wetsvoorstel ?

In de toelichting zelf wordt niet veel meer verklaard dan dat de administratieve toestand van de betrokken ambtenaren na 12 jaar nog niet is geregeld.

Met een argument van die aard kan men alle onwettige aanwervingen - meer bepaald onwettig omdat ze in strijd zijn met het wettelijk verbod zonder naleving van de statutaire regelen aan te werven - valideren, of dan toch van het zoëven in herinnering gebrachte verbod zo veelvuldig afwijken dat er praktisch beschouwd niets meer van overschiet. Het vereiste uitzonderlijk karakter vertoont zulk een argument dus zeker niet. Het schijnt trouwens uit te gaan van de verkeerde idee dat wie in de administratie binnentreedt, na verloop van tijd een soort van recht op een antistatutaire benoeming verkrijgt ("vermits het voorstel slechts een bestaande situatie bevestigt ..."), idee waar meer- vermeld verbod zich juist wil tegen afzetten.

.../...

Niet te verwonderen dus dat de bevoegde Minister heeft opgemerkt "dat die gedeeltelijke regularisatie een kettingreactie bij de 11.000 tijdelijke en andere niet vaste personeelsleden in overheidsdienst teweeg kan brengen en tevens een ontmoediging bij de veel talrijker personeelsleden die een regelmatig examen hebben afgelegd" (stuk 533-2, p. 2). Men kan in deze gedachtengang ook nog betrekken de talrijke personen (14.000 volgens een verklaring van een lid van de bevoegde commissie : zelfde stuk, p. 4) die zich in de wervingsreserve van het Openbaar Ambt bevinden.

Voorts heeft bij de bespreking van het voorstel de auteur van het voorstel een reeks precedents inzake regularisatie van aanwervingen aangehaald en gesteld dat "wat aan die personeelsleden is toegekend ... ook aan de anderen (moet) worden toegekend" (stuk 533-2, p. 3).

Afgezien van de vraag of de gemaakte vergelijking wel opgaat (zie daarover de bevoegde Minister, eod. loco), moet tegen dat argument worden ingebracht dat het een gelijkheid in de onwettigheid aspireert en, meer nog dan het reeds besproken argument, een zo algemene strekking heeft dat het, wijl het altijd opnieuw de terzijdestelling van de betrokken verbodsbepaling mogelijk maakt, als het ware de negatie zelf inhoudt van die verbodsbepaling, terwijl het erop aankomt argumenten aan te brengen die een uitzonderlijk niet in acht nemen van die bepaling kunnen verantwoorden.

Ten slotte worden nog beschouwingen gemaakt in verband met het belang van de dienst, een op zichzelf rechtmatig beroep op het principe van de continuïteit van de openbare dienst (1). Nergens wordt echter beweerd, laat staan aange-

.../...

(1) In Frankrijk wordt dat principe door de Conseil Constitutionnel (beslissing van 25-7-1979, Recueil Dalloz-Sirey, 1980, Jurisprudence, 101) trouwens erkend als een principe "de valeur constitutionnelle".

toond, dat alleen zo verregaande maatregelen als voorgesteld in het amendement, de goede werking van de dienst kunnen verzekeren.

De Raad van State kan niet anders concluderen dan dat niet naar behoren bewezen is dat het amendement onder de in 9.2. omschreven hypothese ondergebracht kan worden. Hij wil er nog aan toevoegen dat men bezwaarlijk in het voordeel van de betrokken personeelsleden zonder meer de billijkheid kan uitspelen tegen de eerbiediging van de verbodsbepaling ~~nu de wetgever~~ bij het uitvaardigen van dat verbod de billijkheid niet uit het oog heeft verloren, aangezien hij (paragraaf 5, tweede lid, van het oorspronkelijke artikel 51 van de wet van 28 december 1973; paragraaf 6, tweede lid, van het nieuwe artikel 51; artikel 9, tweede lid, van het koninklijk besluit nr 56) de nietigheid van rechtswege van de niet-statutaire aanwervingen niet tot haar uiterste consequenties heeft doorgedreven door de betrokkenen het behoud van bepaalde rechten te verzekeren. De billijkheid breder uitmeten dan in bedoelde bepalingen gebeurt, vergt dus ook al de aanwezigheid van omstandigheden van zo uitzonderlijke aard, dat de in de wettelijke regeling in aanmerking genomen graad van billijkheid als volkomen inadekwaat verschijnt.

12.3. Dat ~~ter zake~~ aan overmacht niet kan gedacht worden, zal wel geen betoog behoeven.

13. De slotconclusie van de Raad van State moet zijn dat, met de motivering die het heet te verantwoorden, het amendement ongrondwettig is.

1. Le 15 février 1983, Monsieur CARDOEN, membre de la Chambre des Représentants, a déposé une proposition de loi tendant à insérer un article 17bis dans la loi du 1er avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments (Doc. parl., Chambre des Représentants, 533 (1982-1983) - n° 1). Le 18 mai 1983, Monsieur LERNOUX a fait rapport sur cette proposition de loi au nom de la commission de l'infrastructure de la Chambre (Ibid., 533 (1982-1983) - n° 2); la commission a adopté la proposition par 10 voix contre 6 (loc. cit., p. 6). Le 26 mai 1983, le Gouvernement a déposé un amendement au texte ainsi adopté (Ibid., 533 (1982-1983) - n° 3) (1); il propose pour l'article 17bis à insérer dans cette loi un texte entièrement nouveau.

C'est sur cet amendement que le Président de la Chambre des Représentants demande l'avis du Conseil d'Etat.

2. On pourrait dire que l'amendement constitue une version atténuée de la proposition de loi. En résumé, son contenu est le suivant.

L'amendement concerne deux catégories d'agents actuellement en service à la Régie des Bâtiments.

La première catégorie est celle des agents contractuels en service "le 12 avril 1976 jusqu'à ce jour". L'amendement prévoit qu'ils sont nommés à titre définitif. Il dispose en

.../...

(1) Les trois documents auxquels l'avis se réfère seront, pour plus de facilité, désignés en abrégé dans la suite du texte par le document 533-1, le document 533-2 et le document 533-3.

outre qu'ils sont nommés dans le grade de recrutement du niveau auquel ils appartenaient le 12 avril 1976 s'ils sont en possession du diplôme ou du certificat d'études qui donne accès à ce grade; s'ils ne sont pas en possession de ces titres, ils sont nommés, selon l'amendement, à un grade de recrutement du niveau immédiatement inférieur sauf s'ils réussissent un examen d'accession au niveau supérieur organisé par le Secrétaire permanent au recrutement.

La seconde catégorie est celle des agents appartenant à " ... un ministère, ... un service de l'Etat ou ... un organisme d'intérêt public" qui ont été mis expressément et à titre personnel à la disposition de la Régie. Ils "peuvent" être nommés à la Régie au grade qui était le leur avant d'être mis à la disposition de la Régie. En outre, un examen sera organisé à leur intention par le Secrétaire permanent au recrutement afin de leur permettre d'être nommés au grade de recrutement du niveau supérieur.

3. Les deux catégories d'agents que l'amendement a en vue se retrouvent - les catégories, et non pas pour autant la totalité des agents visés par l'amendement - dans l'article 17, version originelle, de la loi précitée du 1er avril 1971 créant la Régie des Bâtiments, qui est précisément l'article auquel l'article 17bis, objet de l'amendement, ferait suite immédiate. Cet article 17 énonçait ce qui suit :

"Article 17. § 1er. Dans la mesure de ses moyens, l'Etat met à la disposition de la Régie, les services, l'équipement, les bâtiments et les installations nécessaires. Cette mise à disposition est à charge de la Régie.

.../...

La Régie peut, en outre, construire, acquérir ou louer les bâtiments, l'équipement et les installations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Elle peut également engager du personnel de complément et s'assurer tous autres concours pour lui permettre d'exécuter sa mission.

§ 2. Le personnel de complément de la Régie est engagé par contrat, conformément à la législation relative aux contrats de louage de travail.

L'article 11, § 3, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 revisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, lui est applicable.

En matière d'allocations familiales, de vacances annuelles, de pécule de vacances et de congés officiels, il est soumis au régime applicable aux agents de l'Etat.

§ 3. La Régie peut accorder des allocations spéciales aux agents de l'administration qui sont mis à sa disposition ainsi qu'au personnel de complément" (1).

L'article 52, 2°, de la loi du 28 décembre 1973 relative aux propositions budgétaires 1973-1974 abroge dans l'article reproduit ci-dessus, toutes les dispositions intéressant le personnel de complément à engager par contrat, à savoir "a) l'article 17, § 1er, alinéa 2, deuxième phrase; b) l'article 17, § 2; c) à l'article 17, § 3, les mots "ainsi qu'au personnel de complément"; le même article 52 abroge, par ailleurs, aussi des dispositions similaires relatives au recrutement contractuel de personnel dans d'autres organismes. Cet article 52 est en relation étroite avec l'article 51 de la même loi. Celui-ci, en effet, pose comme principe que, dans les services énumérés au § 1er - dont les organismes d'intérêt public soumis à la loi du 16 mars 1954 et, partant, la Régie des Bâtiments - "les recrutements sont effectués exclusivement, nonobstant toute autre disposition, selon les règles prévues

.../...

(1) Voir également l'allusion faite à ces deux catégories d'agents dans l'article 4, alinéa 2, de la même loi.

dans les statuts du personnel" (§ 2); il dispose ensuite que le Roi peut "dans les cas et aux conditions qu'Il détermine" déroger à ce principe en "(prévoyant) d'autres procédures de recrutement".

Pour le personnel de la Régie des Bâtiments, les "statuts du personnel" auxquels se réfère l'article 51, font l'objet de l'arrêté royal du 8 janvier 1973 fixant le statut du personnel de certains organismes d'intérêt public (voir l'article 1er, § 1er, VII, 2°), statut que le Roi a établi en exécution de l'article 11, § 1er, de la loi du 16 mars 1954 susvisée.

L'article 51 précité de la loi du 28 décembre 1973 a été remplacé par l'article 78 de la Loi-programme 1981 du 2 juillet 1981. Mises à part quelques modifications formelles, on y retrouve toutefois les dispositions du texte originel reproduites ci-dessus (voir le paragraphe 3 du nouvel article 51). Pour le surplus, la réglementation est renforcée par l'interdiction de principe de dépasser l'effectif prévu au cadre organique (paragraphe 2 du même article).

Au paragraphe 3 de l'article 51 ainsi remplacé, l'article 14 de l'arrêté royal n° 56 du 16 juillet 1982 relatif au recrutement dans certains services publics a ensuite ajouté un nouvel alinéa dont il découle que ce paragraphe n'est plus applicable à la Régie des Bâtiments, à une réserve près, faite dans l'article 17 du même arrêté. Le même arrêté prévoit cependant certaines dispositions qui, entre autres pour un organisme comme la Régie des Bâtiments (voir article 1er de l'arrêté) reprennent le principe que, nonobstant toute autre disposition, les recrutements sont effectués selon les règles prévues dans les statuts du personnel, l'exception à ce principe, en vertu de laquelle le

.../...

Roi peut prévoir d'autres modes de recrutement, étant même restreinte de manière à ne plus valoir pour le recrutement d'agents définitifs (article 8 de l'arrêté).

4. L' amendement (comme d'ailleurs la proposition de loi) part nécessairement de l'idée que, dans leur état actuel, la législation et la réglementation ne permettent pas de faire aux agents mis à la disposition de la Régie et aux agents contractuels visés par l'amendement, une nouvelle position juridique en les nommant à titre définitif selon les modalités prévues par l'amendement; il entend donc procurer à ces nominations un fondement légal. Selon le rapport sur la proposition de loi (document 533-2), le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a en outre déclaré qu'en ce qui concerne les contractuels, leur recrutement par contrat n'a même pas été effectué légalement, puisqu'il a eu lieu "après 1973" - il faut sans doute entendre après l'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 1973 mentionnée au point 3 (En ce qui concerne les agents mis à la disposition de la Régie (ou certains d'entre eux) il a déclaré qu'une fois leur mise à disposition intervenue, ils avaient été promus de façon irrégulière (même document, p. 3). Toujours selon les déclarations du Ministre, beaucoup de bénéficiaires de ces promotions ne possèdent pas les diplômes requis (même document, p. 4). Le Ministre

.../...

(1) En vertu de son article 55, cette loi est entrée en vigueur le 29 décembre 1973.

constate également que les agents (contractuels ?) visés ne figurent pas au cadre organique de la Régie, celle-ci n'ayant plus de cadre organique depuis le 1er janvier 1982 (même document, p. 5). "En conclusion", il déclare que conformément à la loi du 2 juillet 1981 et à l'arrêté royal n° 56 du 16 juillet 1982 (1), le Secrétariat permanent de recrutement a dû mettre fin aux contrats des chargés de mission après deux ans et que le Ministre des Travaux publics ne peut renouveler les contrats; il ajoute que le Secrétariat permanent de recrutement devra encore envoyer d'autres préavis (même document, p. 6).

.../...

(1) Le Ministre vise manifestement la loi et l'arrêté royal mentionnés au point 3 ci-dessus, et plus spécialement, les articles qui y sont cités (en ce qui concerne les dispositions méconnues) et l'article 12 de l'arrêté royal (en ce qui concerne l'intervention du Secrétaire permanent au recrutement pour sanctionner l'infraction à ces dispositions).

5. Le texte de la proposition de loi (document 533-1) - dont l'amendement soumis au Conseil d'Etat constitue, ainsi qu'il a déjà été dit, une version atténuée - reprend littéralement, à part quelques modifications de dates, le texte de l'article 9 d'un projet de loi "modifiant la loi du 1er avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments" qui a été soumis pour avis au Conseil d'Etat par le Ministre des Travaux publics le 25 février 1982. Dans son avis L. 14.524/1 du 13 mai 1982, le Conseil d'Etat a relevé "qu'un recours en annulation a été introduit contre 34 nominations et/ou promotions que le Ministre aurait faites à la Régie "à des emplois inexistants au cadre organique, sans publication de vacances ni appel aux candidats".

6. Il n'appartient pas à la section de législation du Conseil d'Etat de vérifier si, dans l'état actuel de la législation, les nominations visées par l'amendement, considérées une à une, sont illégales ou non (1); c'est la raison pour laquelle elle s'est abstenue, dans l'exposé qui a été fait jusqu'à présent, d'identifier d'abord convenablement ces nominations et de les confronter ensuite avec la législation existante. Mais la section de législation a le devoir d'examiner si le législateur peut valider des nominations qu'il juge illégales par une intervention du genre de celle que le présent amendement propose de pratiquer.

.../...

(1) Illégales pour les motifs indiqués par le Ministre (supra, 4) ou pour d'autres motifs (par exemple, pour contrariété aux lois linguistiques en raison de l'absence de cadres linguistiques) ou bien pour une combinaison des deux.

7. Dans la mesure où cet amendement vise (également) des nominations qui font l'objet du recours en annulation mentionné au point 5, le Conseil d'Etat se borne à renvoyer à ses avis antérieurs et à la doctrine, qui déclarent contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs le procédé (qui connaît des variantes) de la validation par le pouvoir législatif d'actes de l'administration qu'une juridiction a reconnus irréguliers ou qui font l'objet d'un recours devant une juridiction (1) (2).

7.1. Dans la mesure où l'amendement vise (également) des nominations dont la régularité n'est pas, (jusqu'à présent), contestée devant le Conseil d'Etat ou devant une autre juridiction, le Conseil d'Etat tient à observer que même dans ce cas il faut appliquer au problème le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, l'amendement supprime délibérément toute possibilité de contester devant une juridiction

.../...

- (1) Voir notamment les avis des 26 janvier 1965 (Doc. parl., Sénat, 1964-1965, n° 113); 6 octobre 1972 (ibid., Chambre des Représentants, 432 (1972-1973) - n° 1); 31 octobre 1972 (ibid., 608 (1972-1973) - n° 1); voir également les réactions parlementaires à cet avis dans les documents, Doc. parl., Sénat 1972-1973, n°s 386 et 387; 7 septembre 1973 (ibid., Chambre, 608 (1972-1973) - n° 7); 24 novembre 1977 (ibid., 186 (1977-1978) - n° 1) et 25 avril 1983 (ibid., 643 (1982-1983) - n° 1).

Pour la doctrine, voir par ex. Les Nouvelles, Droit administratif, T. VI, Le Conseil d'Etat n°s 1958-1963; VANDER STICHELE, "Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen", 1975, 76; M.-A. FLAMME, Journal des Tribunaux, 1972, 442, (n° 28); P. BLONDEEL, "Rechtskundig Weekblad", 1977-1978, 1139 et suiv. (spécialement 1151 (n° 9); F. DUMON, ibid., 1980-1981, 894 (et les notes de bas de page).

- (2) Il est généralement admis, bien entendu, que l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs qu'implique une loi de validation peut être tolérée exceptionnellement. Un auteur français comme J.M. AUBY, qui fait autorité et qui est adversaire de la pratique de la validation, la dit "inévitabile" dans certains cas (Revue du droit public, 1974, p. 1499).

pour cause de non-conformité à la législation existante les nominations qui ont déjà été faites ou qui le seront en application de la disposition proposée par l'amendement. Dans ce cas aussi, il y a paralysie de tout contrôle juridictionnel, objet véritable des lois de validation (1).

8. Quoi qu'il en soit, une disposition du genre de celle prévue par l'amendement, si elle met les nominations qu'elle vise hors de portée du juge - certainement du juge national -, ne les fait pas pour autant échapper à l'emprise du droit.

Le pouvoir législatif est, lui aussi, tenu par le droit. Il l'est notamment par le principe de l'égalité, qui est en effet une règle constitutionnelle (article 6 de la Constitution) et, à ce titre, prime également le pouvoir législatif. Concrètement, le principe de l'égalité peut, dans une affaire

.../...

(1) cf. M. DE VILLIERS, "Jurisprudence constitutionnelle" in Revue administrative 1981, p. 34, 1ère colonne.

L'acte validé devient "injusticiable" : D. LOSCHALK, cité par J.J. ISRAEL, La régularisation en droit administratif français, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 12.

comme la présente, être évoqué sous la forme de l'adage "Patere legem quam ipse fecisti". Cet adage, en effet, n'est qu'un dérivé, qu'une manifestation de la règle de l'égalité devant la loi (1). Il interdit à l'autorité qui a édicté une règle de droit de s'en écarter dans un cas individuel qui tombe sous l'application de cette règle. Or, ne pas appliquer à un cas particulier une règle qui lui est applicable, c'est violer l'égalité puisque les personnes auxquelles la règle n'est pas appliquée se voient de ce fait réserver un traitement différent - plus favorable ou moins favorable, selon le cas - que celui qui est fait aux autres, et ce sans qu'il puisse y avoir - sous réserve de ce qui sera observé ci-après - un motif valable à cette différence de traitement; en effet, si le principe

.../...

- (1) L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur van het Belgisch administratief recht" in "Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen", 1970, p. 385 (n° 13); Ph. GERARD, Droit, égalité et idéologie, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 169-172, et les références qui y sont faites à la doctrine et à la jurisprudence; G. ZALMA, "Patere regulam quam fecisti ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux" in Revue du droit public, 1980, 1100 et 1104-1105.

Ph. GERARD (op. et loco cit.) et F. DUMON ("De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen" in "Rechtskundig Weekblad", 1975-1976, p. 215 et p. 220 (note au bas de la page 125) ainsi que les auteurs qu'il cite, estiment pouvoir fonder l'adage sur le principe de légalité, sur la notion d'état de droit. Il est à peine besoin de dire que cette conception s'avance encore plus loin dans le domaine du droit constitutionnel, jusqu'à toucher le fond même de notre Constitution.

Cf. aussi Conseil d'Etat, arrêt n° 18.510, DEWOLFS, 25 octobre 1977.

Sans lier la règle du "Patere ..." au principe d'égalité, M. LESAGE ("Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice", Paris, L.G.D.J., 1960, p. 315) écrit : "... même un organe souverain doit respecter les règles qu'il se fixe à lui-même", condamnant par là, en principe, le procédé de la validation législative.

d'égalité n'interdit aucunement à l'autorité de faire des distinctions entre des cas divers aussi longtemps qu'il existe un motif valable, une fois qu'elle a édicté une règle englobant tous les cas, elle a, par hypothèse, considéré tous ces cas comme "égaux", reconnaissant ainsi qu'il n'y a pas de motif valable pour les traiter différemment; l'autoriser à ignorer dans un cas individuel la portée générale de cette appréciation, c'est lui permettre - sous la réserve qui vient d'être faite - d'agir arbitrairement, c'est-à-dire à l'encontre du principe constitutionnel d'égalité.

9. Il a été annoncé au point 8 que la thèse selon laquelle il ne peut y avoir de motif valable pour déroger à une règle de droit dans un cas individuel, serait assortie de certaines réserves.

9.1. Cette thèse ne s'applique pas, tout d'abord, lorsqu'il existe, à côté de la règle de droit considérée, une autre règle qui permet justement de déroger à la première, dans des limites plus ou moins strictes et dans des conditions formulées de manière plus ou moins précise.

9.2. Ensuite, il est admis que dans certaines circonstances, l'autorité n'est pas tenue de respecter le prescrit constitutionnel. Les cas que l'on cite le plus fréquemment, pour ne pas dire exclusivement, (1) sont l'état de guerre et l'état d'urgence ("Nécessité fait loi"). Bien que l'on puisse sans doute prendre la marge un peu plus grande, il n'en reste

.../...

(1) Voir A. MAST, "Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht" 1981, n° 421.

pas moins qu'écarter les règles constitutionnelles, fondements de l'état de droit, n'est toléré que très exceptionnellement (1).

9.3. Enfin, il y a le cas où l'autorité n'est pas en mesure d'observer la Constitution, le cas de force majeure.

10. Le Conseil d'Etat va maintenant confronter le contenu de l'amendement avec la règle constitutionnelle de l'égalité, telle qu'elle se traduit dans l'adage "Patere legem quam ipse fecisti".

Il estime que, face à cette règle, l'amendement n'est pas justifié.

11. Quelle est la "lex" qui ne serait pas observée si l'on permettait d'effectuer, bien qu'elles soient considérées comme illégales, les nominations individuelles (2) visées dans l'amendement ?

C'est la disposition, déjà évoquée au point 3 ci-dessus, qui veut que les recrutements se fassent exclusivement selon les règles prévues par les statuts du personnel. Ainsi qu'il a été relevé à la même occasion, cette disposition s'est vu attribuer expressément force de loi, plus particulièrement en ce qui concerne la Régie des Bâtiments, d'abord par l'article 51 de la loi budgétaire du 28 décembre 1973, tant dans sa version originelle que dans la version révisée de l'article 78 de la Loi-programme du 2 juillet 1981, ensuite par l'arrêté royal n° 56 du 16 juillet 1982.

.../...

(1) Comparez pour la France, M. LESAGE, op. cit., p. 316 : Seules "des circonstances exceptionnelles" peuvent justifier l'adoption de lois de validation, qui est en soi une violation du principe de la légalité.

On admettra moins aisément cela va sans dire, une atteinte aux libertés constitutionnelles. Cependant, le principe de l'égalité devant la loi figure côte à côte avec ces libertés dans le titre II de la Constitution, "Des Belges et de leurs droits".

(2) Il n'échappera à personne que, si l'amendement a pour objet d'insérer les dispositions qu'il prévoit dans une loi au sens matériel du terme, ces dispositions mêmes ne concernent que certaines personnes individualisables.

11.1. Il y a d'autant plus de raisons d'attacher une importance toute particulière à la règle ainsi édictée que le législateur lui-même s'est montré très sévère lorsqu'il l'a établie : il a frappé l'inobservation de cette règle de la sanction exceptionnelle de la nullité de plein droit (article 51, § 5, de la loi précitée du 28 décembre 1973, version originale; article 51, § 6, version révisée; article 9 de l'arrêté royal n° 56 précité).

En veillant avec rigueur au respect de cette règle, on s'inscrit donc dans la ligne tracée par le législateur.

12. Il reste à examiner si l'on ne se trouve pas en présence de l'une des exceptions où le législateur peut passer outre à l'interdiction qu'il a faite de procéder à des nominations antistatutaires.

12.1. Il est vrai que cette interdiction est accompagnée d'une disposition légale qui permet d'y déroger. Il s'agit de la disposition, déjà citée au point 3 ci-dessus, en vertu de laquelle le Roi peut prévoir d'autres procédures de recrutement que celles fixées par le statut.

Il est clair cependant que l'amendement ne fait pas application de cette faculté de dérogation; l'application de celle-ci ne requiert d'ailleurs pas l'intervention du législateur, le Roi ayant précisément été habilité à cet effet; si une intervention du législateur est envisagée en l'occurrence, c'est justement dans le but de remédier au fait que le Roi et

.../...

d'autres organes administratifs sont impuissants à opérer des nominations du genre de celles visées dans l'amendement. Bref, la dérogation considérée a pour objet de permettre pour l'avenir des nominations légales en dehors des procédures de recrutement statutaires; l'amendement, lui, tend à permettre la nomination illégale de personnes recrutées dans le passé.

On ne se trouve donc pas dans l'hypothèse décrite au point 9.1.

12.2. Se trouve-t-on dans l'hypothèse visée au point 9.2. ?

Il n'est évidemment pas question d'état de guerre ni même d'état d'urgence.

Existe-t-il en l'occurrence d'autres circonstances qui présentent vraiment le caractère tout à fait exceptionnel qui puisse justifier une intervention législative méconnaissant le principe constitutionnel d'égalité ?

L'amendement même n'est accompagné d'aucune justification. Son texte étant une nouvelle version, fort atténuée il est vrai, de la proposition de loi 533-1, l'on peut supposer que le Gouvernement a jugé la justification donnée par l'auteur de la proposition de loi et celle donnée lors de la discussion de celle-ci (document 533-2) suffisamment convaincantes pour l'inciter à reprendre cette proposition ne fût-ce qu'en partie.

Que comporte la justification de la proposition de loi ?

.../...

Les développements mêmes ne font guère que rappeler qu'après douze ans la situation administrative des agents concernés n'est pas encore réglée.

Avec un argument de cette nature on pourrait valider tous les recrutements qui sont illégaux - plus particulièrement pour avoir été effectués en violation de l'interdiction légale de recruter en méconnaissance des règles statutaires - ou du moins déroger à cette interdiction avec une fréquence telle qu'elle se trouve pratiquement vidée de toute sa substance. L'argument ne possède donc certainement pas le caractère exceptionnel requis. Il semble d'ailleurs partir de l'idée erronée que quiconque entre à l'administration acquiert au bout d'un certain temps une sorte de droit à une nomination antistatutaire ("... étant donné (que la proposition) vise uniquement à conserver une situation existante ..."), idée à laquelle l'interdiction précitée entend précisément couper court.

Rien d'étonnant, dès lors, à ce que le Ministre compétent ait observé "que cette régularisation partielle risquerait d'entraîner un effet en chaîne sur les 11.000 temporaires et précaires de la fonction publique et un découragement certain chez ceux, beaucoup plus nombreux, qui ont fait l'effort de présenter régulièrement un examen" (document 533-2, p. 2). Et l'on pourrait encore inclure dans cette réflexion les nombreuses personnes (elles sont 14.000, selon une déclaration d'un membre de la commission compétente : même document, p. 4) qui figurent dans les réserves de recrutement de la Fonction publique.

.../...

L'auteur de la proposition a aussi cité, lors de la discussion de sa proposition, une série de précédents en matière de régularisation de recrutements, en faisant valoir que "ce qui a été accordé aux uns doit également l'être aux autres" (document 533-2, p. 3.).

Indépendamment de la question de savoir si la comparaison avec les régularisations antérieures est valable (voir, à ce sujet, la déclaration du Ministre compétent, eod. loco), il faut reprocher à cet argument d'aspirer à une sorte d'égalité dans l'illégalité et de se donner, plus encore que l'argument déjà analysé, une portée tellement générale que, permettant d'écarter à chaque reprise l'interdiction édictée, il constitue en quelque sorte la négation de celle-ci, alors qu'il s'agit d'avancer des arguments qui pourraient justifier l'inobservation, à titre exceptionnel, de cette disposition.

Enfin, l'on développe certaines considérations touchant l'intérêt du service, considérations qui s'analysent en un recours, légitime en soi, au principe de la continuité du service public (1). Mais il n'est nulle part affirmé, et moins encore démontré, que seules des règles juridiques d'une portée aussi étendue que celles proposées par l'amendement sont susceptibles d'assurer la bonne marche du service.

.../...

(1) En France, le Conseil Constitutionnel (décision du 25-7-1979, Recueil Dalloz-Sirey, 1980, Jurisprudence, 101) a d'ailleurs reconnu à ce principe "valeur constitutionnelle".

Force est donc au Conseil d'Etat de conclure que la possibilité d'inscrire l'amendement dans l'hypothèse définie au point 9.2. n'est pas dûment établie. Le Conseil tient à ajouter que l'on peut difficilement invoquer en faveur du personnel intéressé l'argument de l'équité pure et simple pour passer outre à l'interdiction visée. En effet, le législateur, lorsqu'il a édicté cette interdiction, n'a pas perdu de vue les exigences de l'équité car il s'est gardé de pousser la nullité de plein droit qui frappe les recrutements non statutaires jusqu'à ses dernières conséquences, en assurant aux intéressés le maintien de certains droits (paragraphe 5, alinéa 2, de l'article 51 originel de la loi du 28 décembre 1973; paragraphe 6, alinéa 2, du nouvel article 51; article 9, alinéa 2, de l'arrêté royal n° 56). Faire au souci d'équité une part plus large que le font déjà les dispositions précitées supposerait donc de nouveau qu'il existe des circonstances d'un caractère tellement exceptionnel que le degré d'équité pris en compte dans le régime légal s'avère totalement inadéquat.

12.3. Il va sans dire qu'il ne saurait être question en l'espèce d'invoquer la force majeure.

13. Aussi la conclusion finale du Conseil d'Etat doit-elle être que, eu égard à la motivation qui est supposée le justifier, l'amendement est inconstitutionnel.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren : G. BAETEMAN,
Messieurs :

kamervoorzitter,
président de chambre,

J. NIMMEGEERS,
J. BORRET,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. VAN HECKE,

assessoren van de
afdeling wetgeving,

F. DE KEMPENEER,

assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw : S. VAN AELST,
Madame :

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen
de Nederlandse en de Franse
tekst werd nagezien onder toe-
zicht van de H. J. BORRET.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. F. GEENS, auditeur.

La concordance entre la ver-
sion néerlandaise et la version
française a été vérifiée sous le
contrôle de M. J. BORRET.

Le rapport a été présenté par
Mme F. GEENS, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

S. VAN AELST.

G. BAETEMAN.