

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Ministre de la Défense nationale, le 3 janvier 1991, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant le statut des militaires du cadre actif des forces terrestre, aérienne et navale et du service médical", a donné le 22 mai 1991 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, op 3 januari 1991 door de Minister van Landsverdediging verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "houdende wijziging van het statuut van de militairen van het actief kader van de land-, lucht-, en zeemacht en van de medische dienst", heeft op 22 mei 1991 het volgend advies gegeven :

Selon l'exposé des motifs,

"Le projet de loi ... vise, d'une part, à fixer des normes précises permettant à la hiérarchie militaire d'exercer avec l'efficacité requise sa tâche opérationnelle et, d'autre part, de préserver le contrôle parlementaire en matière des droits et des obligations des militaires",

ceci, dans la perspective de l'établissement d'un statut unique des militaires du cadre actif.

L'accent est mis sur la nécessité, en vue de réaliser ce double objectif, d'un consensus général quant à l'application des articles 66, 68, 118 et 124 de la Constitution.

Dans son avis donné le 16 octobre 1990 sur des amendements présentés par le Gouvernement au projet de loi "portant statut des candidats militaires du cadre actif", la section de législation du Conseil d'Etat n'avait pas pu, dans le bref délai qui lui était imparti, se prononcer sur leur conformité aux dispositions constitutionnelles précitées (1). Les questions que pose le présent projet sont essentiellement les mêmes. Elles portent sur deux notions fondamentales : le grade et l'emploi.

I. LE GRADE.

Les articles concernés sont les articles 1er, 4, 7 et 9 du projet.

(1)Doc. parl., Sénat, 1058-2 et 1058-3 (1989-1990).

L'exposé des motifs rappelle que, selon la doctrine classique (2), l'article 66, alinéa 1er, de la Constitution doit s'interpréter en ce sens que

"... le législateur ne peut s'attribuer le droit de conférer des grades dans l'armée, ni déléguer cette prérogative à un autre pouvoir ...".

Il y va d'une prérogative royale. Les dispositions légales qui confèrent au ministre de la Défense nationale et à d'autres autorités militaires le pouvoir de conférer des grades sont critiquables. Prônant le retour à l'orthodoxie constitutionnelle, le projet entend réserver au Roi le pouvoir de conférer les grades à l'armée. Il n'appelle sur ce point aucune observation. Il en va tout autrement lorsqu'au nom de la même orthodoxie, il habilite le Roi à déterminer les grades. Une telle habilitation va, en effet, à l'encontre des articles 118 et 124 de la Constitution.

L'article 118 dispose, notamment, que la loi règle l'avancement des militaires. La notion d'avancement est indissociable de celle de grade. Déterminer les différents grades, en établir la hiérarchie et définir les conditions qui y donnent accès est un pouvoir réservé au législateur. D'ancienneté cette disposition constitutionnelle a été interprétée en ce sens.

L'article 124 complète l'article 118. C'est au législateur qu'il appartient également de déterminer les cas et les conditions dans lesquels les militaires peuvent être privés de leurs

(2)Voyez, notamment, THONISSEN, La Constitution annotée, 1876, p. 208, nEs 280-281 et WIGNY, Droit constitutionnel, 1952 t. II, nE 718.

grades. Le grade constitue l'état du militaire; il est placé sous la protection du législateur.

Quant à l'article 66, alinéa 1er, de la Constitution, il se limite à donner au Roi le pouvoir de nommer les militaires aux grades fixés par la loi et aux conditions prévues par celle-ci (3).

II. L'EMPLOI.

Les articles concernés sont les articles 3, 5 et 10 du projet.

Comme l'observe l'exposé des motifs,

"... les différentes lois statutaires prévoient la notion de l'exercice de l'emploi en vertu d'ordres de service émanant respectivement du Roi, du ministre de la Défense nationale ou de l'autorité déterminée par le ministre de la Défense nationale, suivant qu'il s'agisse des officiers, des sous-officiers ou des volontaires".

(3) La situation est toute différente en ce qui concerne l'administration générale, où le Roi dispose, en propre, du pouvoir de fixer le statut du personnel et celui de nommer les agents dans les emplois et aux grades qu'Il détermine.

Selon les auteurs du projet,

"Jamais on n'est parvenu à donner un contenu statutaire à ces dispositions",

car

"la notion relève de l'opérationnalité et ... dans cette optique elle n'est à considérer que comme le synonyme de la mise en condition. Ce concept est par conséquent lié directement à la compétence du Roi en tant que commandant en chef des forces armées".

Et de poursuivre

"L'article 68 de la Constitution permet également au Roi, dans le cadre de sa mission de mise en condition, de fixer les règles en vertu desquelles le personnel est désigné, entraîné et équipé".

"Il est dès lors proposé d'adapter la notion "exercice de l'emploi" dans les textes statutaires afin de permettre au Roi de fixer les règles qui concernent la mise en condition ainsi que la mise en oeuvre des forces sans qu'Il soit confronté à des problèmes d'interprétation en ce qui concerne un concept statutaire "vide" de sens".

Ces intentions se traduisent concrètement, d'une part, par le remplacement dans le présent projet de loi des dispositions statutaires précitées par une disposition prévoyant que l'emploi est exercé dans le grade dans lequel le militaire est nommé et, d'autre part, par un projet d'arrêté royal, pris en exécution de l'article 68 de la Constitution, portant définition de la mise en oeuvre et de la mise en condition des forces armées soumis en même temps que le présent projet à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat et référencé L. 20.481/9.

.../...

Le remplacement des dispositions statutaires appelle l'observation suivante.

Une distinction fondamentale a toujours été établie entre la notion de grade et celle d'emploi : alors que le grade constitue l'état de militaire et est placé sous la protection spéciale du législateur par les articles 118 et 120 de la Constitution, l'emploi est laissé en principe à la discrétion du Roi en sa qualité de commandant en chef de l'armée que Lui reconnaît l'article 68 de la Constitution.

La notion d'emploi a pris, au fil du temps, plusieurs significations. Tantôt elle désigne la fonction, le poste de travail. C'est précisément le cas dans la formule qu'adoptent les dispositions statutaires précitées :

"l'emploi est exercé en vertu d'ordres de service émanant ...".

Tantôt elle désigne non pas la fonction remplie, mais bien, le militaire à l'état de prévision budgétaire et indépendamment du genre de travail qui lui sera confié. Tantôt encore, la notion d'emploi se rapproche de la notion d'activité (4). Il s'ensuit que la notion d'emploi n'est pas vide de sens, et que les dispositions statutaires que le projet tend à remplacer conservent toute leur utilité qui consiste à bien distinguer, singulièrement quant aux compétences respectives du législateur et du Roi, les notions de grade et

(4) Sur l'ensemble de cette question, voyez F.-M. REMION, La loi du 1er mars 1958 relative au statut des officiers de carrière et de réserve, R.J.D.A. 1958, pp. 97 à 109, spéc. pp. 97 à 101.

d'emploi. Quant à la formule de remplacement selon laquelle l'emploi est exercé dans le grade dans lequel le militaire est nommé, elle exprime une toute autre idée, à savoir que le militaire doit en principe exercer un emploi qui correspond à son grade.

En conclusion, le présent projet de loi doit être fondamentalement revu.

Volgens de memorie van toelichting beoogt het wetsontwerp, in het vooruitzicht van het vaststellen van een eenheidsstatuut van de militairen van het actief kader,

"enerzijds de vastlegging van duidelijke normen die het de militaire hiërarchie moeten toelaten met de aangewezen doeltreffendheid haar operationele taak te vervullen en, anderzijds de vrijwaring van de parlementaire controle betreffende de rechten en de plichten van de militairen".

Om dat tweevoudige doel te bereiken wordt de nadruk gelegd op de noodzaak van een algemene consensus wat de toepassing van de artikelen 66, 68, 118 en 124 van de Grondwet betreft.

De afdeling wetgeving van de Raad van State had zich, in haar op 16 oktober 1990 uitgebrachte advies over door de Regering voorgestelde amendementen op het ontwerp van wet "houdende statuut van de kandidaat-militairen van het actief kader", binnen de korte tijd die haar was toegemeten, niet kunnen uitspreken over de overeenstemming van die amendementen met de voormelde grondwetsbepalingen (5). De vragen die door het onderhavige ontwerp aan de orde worden gesteld zijn in hoofdzaak dezelfde. Zij hebben betrekking op twee fundamentele begrippen : de graad en het ambt.

I. DE GRAAD.

De betrokken artikelen zijn de artikelen 1, 4, 7 en 9 van het ontwerp.

(5)Gedr. St., Senaat, 1058-2 en 1058-3 (1989-1990).

In de memorie van toelichting wordt eraan herinnerd dat artikel 66, eerste lid, van de Grondwet, volgens de klassieke rechtsleer (6) in die zin moet worden uitgelegd dat

"... de wetgever zich niet het recht mag toeëigenen om de graden in het leger te verlenen, noch deze bevoegdheid mag overdragen aan een ander gezag ...".

Het gaat in dezen om een koninklijk prerogatief. De wetsbepalingen die aan de minister van Landsverdediging en aan andere militaire overheden de bevoegdheid opdragen om graden te verlenen zijn voor kritiek vatbaar. Bij het ontwerp, dat de terugkeer naar de grondwettelijke orthodoxie voorstaat, zit de bedoeling voor om de bevoegdheid om de graden te verlenen in het leger voor te behouden aan de Koning. Op dat punt behoeft bij het ontwerp geen enkele opmerking te worden gemaakt. Dat is evenwel niet het geval wanneer het ontwerp, in naam van dezelfde orthodoxie, de Koning machtigt om de graden vast te stellen. Een zodanige machtiging is immers in tegenspraak met de artikelen 118 en 124 van de Grondwet.

Artikel 118 bepaalt, onder meer, dat de wet de bevordering van de militairen regelt; het begrip bevordering is onlosmakelijk verbonden met het begrip graad. Het vaststellen van de verschillende graden, het bepalen van de hiërarchie van die graden en van de voorwaarden inzake het verkrijgen van die graden is een bevoegdheid die uitsluitend voor de wetgever is bestemd. Deze grondwetsbepaling is van oudsher in die zin uitgelegd.

(6) Zie onder meer THONISSEN, "La Constitution annotée, 1876, blz. 208, nrs. 280-281 en WIGNY, "Droit constitutionnel", 1952, deel II, nr. 718.

Artikel 124 vult artikel 118 aan. Het is eveneens de taak van de wetgever om de gevallen en de omstandigheden te bepalen waarin de militairen van hun graden kunnen worden ontzet. De graad vormt de stand van de militair; hij staat onder de bescherming van de wetgever.

Artikel 66, eerste lid, van de Grondwet van zijn kant, bepaalt zich ertoe aan de Koning de bevoegdheid op te dragen om de militairen te benoemen tot de graden die door de wet worden vastgesteld en onder de voorwaarden die zij bepaalt (7).

II. HET AMBT.

De betrokken artikelen zijn de artikelen 3, 5 en 10 van het ontwerp.

Zoals er in de memorie van toelichting op wordt gewezen

"wordt in de verschillende statutaire wetten de notie van de uitoefening van het ambt ingevoerd en dit krachtens dienstorders uitgaande van, respektievelijk de Koning, de Minister van Landsverdediging of de autoriteit bepaald door de Minister van Landsverdediging naargelang het de officieren, de onderofficieren of de vrijwilligers betreft".

Volgens de stellers van het ontwerp

(7) De toestand is geheel anders wat het algemeen bestuur betreft, waar de Koning als enige bevoegd is om het statuut van het personeel vast te stellen en om de ambtenaren te benoemen in de betrekkingen en tot de graden die Hij vaststelt.

.../...

"is men er nooit in geslaagd een statutaire inhoud aan deze bepalingen te geven",

omdat

"de notie onder de operationaliteit valt en dat ze in deze optiek als synoniem moet worden beschouwd van de paraatstelling. Dit begrip is derhalve rechtstreeks verbonden met de grondwettelijke bevoegdheid van de Koning als opperbevelhebber van het leger".

Voorts zeggen zij :

"Artikel 68 van de Grondwet laat eveneens de Koning toe, binnen zijn opdracht van paraatstelling, vast te leggen volgens welke regels het personeel moet aangewezen, getraind en uitgerust worden".

"Er wordt derhalve ... voorgesteld de notie "uitoefening van het ambt" in de statutaire teksten aan te passen teneinde de Koning toe te laten de regels vast te leggen die betrekking hebben op de paraatstelling en de inzet van krijgsmacht, zonder geconfronteerd te worden met interpretatieproblemen in verband met een overigens "leeg" statutair begrip".

Die voornemens betekenen concreet, enerzijds dat in het onderhavige wetsontwerp de voormelde statutaire bepalingen worden vervangen door een bepaling waarin wordt gesteld dat het ambt wordt uitgeoefend in de graad waarin de militair is benoemd en anderzijds dat een koninklijk besluit wordt vastgesteld ter uitvoering van artikel 68 van de Grondwet, houdende bepaling van de aanwending en de paraatstelling van de krijgsmacht, dat tegelijk met het onderhavige ontwerp ter fine van advies is voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State met als kenmerk L. 20.481/9.

.../...

Bij het vervangen van de statutaire bepalingen behoort de volgende opmerking te worden gemaakt.

Er is altijd een fundamenteel onderscheid gemaakt tussen het begrip graad en het begrip ambt : terwijl de graad de stand van de militair uitmaakt en door de artikelen 118 en 120 van de Grondwet onder de bijzondere bescherming van de wetgever wordt geplaatst, wordt het ambt in beginsel overgelaten aan de vrije beoordeling van de Koning in zijn hoedanigheid van opperbevelhebber van het leger, welke hoedanigheid Hij krachtens artikel 68 van de Grondwet bezit.

Het begrip ambt heeft mettertijd verscheidene betekenissen gekregen. Soms verwijst het naar de functie, de post. Dat is juist het geval in de formule waarin de voormelde statutaire bepalingen zijn opgenomen :

"het ambt wordt uitgeoefend krachtens dienstorders uitgaande van ...".

Soms verwijst het niet naar de vervulde functie maar wel naar de militair als begrotingsuitgave en los van het soort werk dat hem zal worden toevertrouwd. Soms ook vertoont het begrip ambt gelijkenis met het begrip activiteit (8). Daaruit volgt dat het begrip ambt geen leeg begrip is en dat de statutaire bepalingen die het ontwerp beoogt te vervangen hun nut volledig behouden, namelijk een duidelijk onderscheid te maken tussen de begrippen graad en ambt,

(8)Over die kwestie in haar geheel, zie F.-M. REMION, "La loi du 1er mars 1958 relative au statut des officiers de carrière et de réserve", R.J.D.A. 1958, blz. 97 tot 109, inz. blz. 97 tot 101.

inzonderheid wat de respectieve bevoegdheden van de wetgever en van de Koning betreft. Wat de vervangingsformule betreft volgens welke het ambt wordt uitgeoefend in de graad waarin de militair wordt benoemd, zij geeft een heel ander idee weer, namelijk dat de militair in beginsel een ambt moet uitoefenen dat overeenstemt met zijn graad.

De conclusie is dan ook dat het onderhavige wetsontwerp grondig moet worden herzien.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs : C.-L. CLOSSET,
de Heren :

président de chambre,
kamervoorzitter,

R. ANDERSEN,
J. MESSINNE,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

C. DESCHAMPS,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

F. DELPEREE,

Madame : J. GIELISSEN,
Mevrouw :

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN.

Le rapport a été présenté par M. C. MENDIAUX, premier auditeur.

La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J.-F. NEURAY, référendaire adjoint.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN.

Het verslag werd uitgebracht door de H. C. MENDIAUX, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J.-F. NEURAY, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

C.-L. CLOSSET.

.../...