

Doctrines

La nécessaire réforme du cadre normatif de la Défense, par N.B. Bernard 337

Jurisprudence

■ Recours en annulation - Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 - Régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union européenne - Protection du budget de l'Union en cas de violation des principes de l'État de droit dans un État membre - Base juridique - Contournement allégué de l'article 7 TUE - Principes de sécurité juridique, de proportionnalité et d'égalité des États membres devant les traités

C.J.U.E., ass. plen., 16 février 2022, observations de A. Guillaume 346

■ Procédure pénale - Droits de l'homme - Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme actant la déclaration unilatérale, par le gouvernement, de la violation de la Convention - Demande de réouverture de la procédure (art. 442bis C.i.cr.) - Conditions - Droit d'accès à un avocat (art. 6, 3, c, Convention E.D.H.) - Suspect privé de liberté et entendu sans avocat - Droit à un procès équitable (art. 6, 1, Convention E.D.H.) - Critères d'appréciation - Défaillance procédurale - Conséquences - Pouvoir d'appréciation de la Cour de cassation

Cass., 2^e ch., 16 mars 2022, conclusions av. gén. D. Vandermeersch 349

Chronique

La vie du palais - Parallèlement - Échos - Dates retenues.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

<https://jt.larcier.be>
28 mai 2022 - 141^e année
20 - N° 6900
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

La nécessaire réforme du cadre normatif de la Défense

Le récent conflit russo-ukrainien a remis certaines interrogations relatives à la Défense sur le devant de la scène¹ et singulièrement la question de la capacité militaire des États membres de l'OTAN, dont la Belgique². En 2021, le Comité R soulignait déjà, à ce sujet, le manque de moyens dont la Défense belge dispose et préconisait un débat parlementaire global sur cette question. Dans cette perspective, les lignes qui suivent mettent en évidence plusieurs écueils du cadre normatif de la Défense, dans la perspective d'une réforme globale.

Introduction

1. Dans le courant de l'année 2021, l'affaire « Jürgen Conings » a suscité de vives réactions dans l'opinion publique. Comme le souligne le rapport du Comité permanent de contrôle des services de renseignements (ci-après : le Comité R) du 1^{er} juillet 2021, « il n'est pas surprenant que cette affaire suscite l'émoi (politique) : lorsqu'un élément individuel des Forces armées se retourne contre son propre ordre social, nous sommes confrontés à un sérieux problème »³.

Le rapport du Comité R met en évidence de nombreux manquements dans le fonctionnement du service de renseignement militaire, le Service général du renseignement et de la sécurité (ci-après : le SGRS). Il semble que certaines de ces lacunes soient directement liées au manque de moyens dont dispose le SGRS⁴. Ce « sous-investissement » n'est pas propre au renseignement militaire, mais caractérise au contraire l'ensemble du service public de la Défense. Le monde militaire déplore lui-même, depuis plusieurs années, le manque d'investissements dont il fait l'objet. Selon certains, la Défense serait même une « loyale rustine des finances publiques »⁵.

2. Une analyse approfondie des sources du droit public de la Défense révèle que ce manque de moyens se double d'un cadre normatif lui aussi délaissé par les pouvoirs publics⁶. Certes, la matière a fait l'objet de quelques réformes récentes, parmi lesquelles l'importante « mise à jour » du statut militaire par la loi du 28 février 2007⁷, elle-même modifiée en profondeur par une loi du

- (1) Sur celui-ci et ses implications du point de vue du droit international, voy. C. DEPREZ, « Guerre en Ukraine : que peut le droit international ? », *J.T.*, 2022, pp. 149-151.
- (2) Voy. notamment X., « Déploiement des forces de l'Otan : la Belgique enverra aussi ses troupes en Europe de l'Est », *Le Vif*, 25 février 2022, disponible sur www.levif.be.
- (3) Comité R, rapport du 1^{er} juillet 2021 au sujet de l'enquête de contrôle concernant, d'une part, la détection et le suivi de la radicalisation d'un militaire de la Défense par les deux services de renseignement et, d'autre part, leur collaboration portant notamment sur l'échange d'informations avec leurs partenaires, y compris avec la Défense, p. 38, disponible sur www.comiteri.be.
- (4) Parmi ses nombreuses recommandations, le Comité R a notamment recommandé « que le SGRS soit doté de moyens suffisants pour être en mesure de détecter l'extrémisme au sein de la Défense. Ceci doit résulter d'une analyse préalable des moyens requis pour les différentes missions/menaces » (Comité R, rapport précité du 1^{er} juillet 2021, p. 39). Voy. aussi, à ce sujet, les propos du président du Comité R sur le plateau de la RTBF le 27 mai 2021 (J.-F. NOULET, « Jeudi en Prime : le Président du Comité R regrette le manque de moyens des services de renseignements », 27 mai 2021, disponible sur www.rtf.be/info).
- (5) W. STRUYS, « Le budget de la Défense : loyale rustine des finances publiques ! », *Revue militaire belge*, n° 18, 2019, pp. 135 et s. Ce manque de moyens n'est pas propre à la Défense : d'autres services publics, particulièrement la Justice ou l'administration pénitentiaire, souffrent également d'un sous-investissement patent.
- (6) N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », in V. DE SAEDELEER, N. LAGASSE et E. VANDENBOSSCHE (dir.), *Questions juridiques d'actualité en lien avec la défense*, Bruges, la Chartre, 2017, pp. 56-57.
- (7) Loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires et candidats militaires du cadre actif des Forces armées, *M.B.*, 10 avril 2007. On précisera cependant que d'un point de vue légistique, certaines dispositions de cette loi ne sont toujours pas entrées en vigueur (l'article 272 de la loi précitée du 28 février 2007 confie au Roi le soin de fixer la date d'entrée en vigueur de chacune des dispositions de la loi, au plus tard le 31 décembre 2013, ce qui n'a pas été fait pour la totalité de ces dispositions). En outre, il faut aussi noter que la loi du 28 février 2007 ne s'applique pas à l'ensemble du personnel de la Défense. Certains membres du personnel



DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Charles-Éric Clesse, Laurent Kennes

Avec la collaboration de : Patrick Carolus, Vincent Deckers, Laura Fossion, Fanny Vansillette, Baptiste Veille

L'ouvrage analyse les acteurs spécifiques du droit pénal économique et les pouvoirs particuliers d'enquête dont ils disposent, les règles de droit pénal général des affaires et ses incriminations, qu'elles lui soient spécifiques ou non.

> Manuels de droit pénal de l'entreprise
582 p. • 60,00 € • Édition 2022

www.larcier.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

31 juillet 2013⁸. Mais les réformes sont pointillistes et ne s'inscrivent pas dans une perspective globale. Or, comme la présente contribution tente de le démontrer, ce manque d'organisation juridique, conjugué au manque de moyens précité, risque à terme de compliquer l'action militaire de la Belgique et, par ricochet, porter directement atteinte à la mission première de l'État, c'est-à-dire assurer la sécurité de sa population⁹.

Avant d'entamer l'analyse des écueils du cadre normatif actuel, il convient de revenir brièvement sur quelques caractéristiques propres au service public de la Défense. Pour reprendre les termes de l'article 91 de la Constitution belge, l'armée, dont le Roi est le commandant suprême, a pour mission première de défendre l'intégrité du territoire et l'indépendance nationale¹⁰. Pour ce faire, son action doit obéir à un objectif d'efficacité, ce qui explique, notamment, pourquoi le Pouvoir exécutif dispose de grandes prérogatives en la matière. Pour le Congrès national, les procédures parlementaires, lourdes, publiques et contradictoires, ont en effet semblé peu conformes avec la célérité et le secret que la chose militaire exige. Cette efficacité ne peut néanmoins se réaliser à n'importe quel prix : en amont, elle requiert une nécessaire neutralité de la part de ceux qui disposent du droit de recourir à la force létale, d'où les importantes limitations des droits fondamentaux des militaires. En aval, l'efficacité doit pouvoir être questionnée par les représentants de la Nation, de sorte qu'elle suppose une certaine responsabilité de la part des gouvernants¹¹. Le cadre normatif de la Défense doit, à notre sens, s'interpréter à l'aune de ces trois impératifs, neutralité, efficacité et responsabilité. Cette grille de lecture permet d'en réaliser une analyse critique et d'envisager certaines pistes de solutions.

3. La présente contribution ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle tend simplement à énumérer quelques exemples paradigmatiques des limites du droit public de la Défense et des risques que celles-ci entraînent, en tentant d'en tirer des observations plus générales. L'analyse s'articule autour de trois grands constats : le cadre légal de la Défense apparaît dépassé par le droit international (1), inadapté au fédéralisme belge (2) et, enfin, questionné par les exigences démocratiques contemporaines (3).

1 Un cadre normatif dépassé par le droit international

4. Depuis ses origines, la politique militaire belge s'inscrit dans une perspective internationale. L'article 167 de la Constitution (ancien article 68) constitue d'ailleurs à la fois le fondement constitutionnel de l'activité diplomatique du Royaume et celui de son activité militaire. Comme le souligne André Molitor, « les constituants ont fait preuve dans ce texte d'une conception fort juste de l'activité militaire, en la

reliant à l'ensemble de la politique étrangère. Notre politique de Défense a en effet uniquement pour but de nous donner les moyens d'exister et de nous maintenir dans l'ordre international »¹². Il faut toutefois constater que le souci du Congrès national d'inscrire la Défense dans une perspective interétatique et, partant, de soumettre son action au droit international¹³, connaît aujourd'hui de sérieuses entorses. On en énumérera les principales.

5. Outre le commandement des forces armées — véritable « bouteille à l'encre » du droit public belge en raison de son articulation avec la règle du contreseing ministériel¹⁴ — l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution confie aussi au Roi le soin de constater l'« état de guerre » ainsi que la « fin des hostilités ». Avant la révision constitutionnelle du 5 mai 1993, il revenait au Roi de « déclarer la guerre ». Les travaux préparatoires de cette révision précisent que « dès lors que le texte "le Roi déclare la Guerre" ne répond plus à l'état du droit international, lequel condamne la guerre, la déclaration de guerre est remplacée par une déclaration dans laquelle constatation est faite que le pays se trouve en état de guerre »¹⁵. Dès 1994, Pierre d'Argent s'interrogeait sur la pertinence du maintien du terme de « guerre » : « le maintien de ce substantif dans le texte de la Constitution n'est guère heureux, alors que depuis la mise de la guerre hors la loi, les notions plus objectives de *conflit armé* ou d'*hostilités* reflètent mieux l'état du droit international »¹⁶.

La remarque n'est pas simplement d'ordre légistique. Elle est de nature à mettre en porte-à-faux la Belgique par rapport à ses obligations internationales. À cet égard, il s'impose de préciser que le terme de « guerre » renvoie à un certain degré d'intensité : il s'agit d'« un conflit armé à grande échelle opposant au moins deux groupes humains organisés »¹⁷. Autrement dit, la disposition constitutionnelle semble indiquer que l'engagement du Royaume dans des hostilités n'est possible que dans le cadre d'une guerre défensive, en application de la légitime défense, à la suite d'une agression perpétrée par une entité pourvue d'un certain degré d'organisation¹⁸. Or, le droit international n'est pas aussi restrictif et autorise d'autres recours à la force armée, en particulier l'autorisation de l'emploi de la force par le Conseil de Sécurité de l'ONU en vertu de l'article 2, §5, et du chapitre VII de la Charte des Nations unies¹⁹. La Défense est d'ailleurs coutumière des opérations militaires réalisées sur cette base. Certes, il semble bien que l'intention du Constituant de 1993 ait été de mettre le droit constitutionnel belge en conformité avec le *ius ad bellum*²⁰. Néanmoins, en l'état, le texte (clair) de la Constitution ne traduit pas cette volonté : il apparaît plus restrictif que le droit international et la pratique et, partant, est largement dépassé.

Pire encore, l'article 167 de la Constitution entraîne d'importantes confusions. Il ne faut pas croire qu'il conditionne, en droit international, l'application du droit des conflits armés, le *ius in bello*. Ce dernier ne requiert en effet pas l'intensité d'une « guerre » : en ce qui concerne les conflits armés internationaux, il s'applique dès les premiers actes de violences, même si les combats ne perdurent pas et que

militaire disposent d'un statut fixé par une loi particulière (voy. R. GERITS, *Statut des militaires*, Bruxelles, Larquier, 2019, p. 34 et les références citées). En ce qui concerne les agents civils de la Défense, le cadre normatif statutaire se fonde tantôt sur l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État (*M.B.*, 8 octobre 1937), tantôt sur la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail (*M.B.*, 22 août 1978), tantôt encore, en ce qui concerne les agents du SGRS, sur l'arrêté royal du 4 juillet 2014 fixant le statut de certains agents civils du département d'état-major renseignement et sécurité des forces armées (*M.B.*, 18 juillet 2014). (8) Loi du 31 juillet 2013 modifiant la loi du 28 février 2007 fixant le statut des militaires du cadre actif des Forces armées et modifiant certaines dispositions relatives au statut du personnel militaire, *M.B.*, 20 septembre 2013.

(9) J.-C. VIDELIN, *Droit public de la défense nationale*, 1^{re} éd., Bruxelles, USaint-Louis On Campus Facultés Universitaires Saint-Louis - bibliothèque / Université Saint-Louis Bruxelles (154.59.124.253) La nécessaire réforme du cadre normatif de la Défense www.stradalex.com - 26/05/2022

Bruylant, 2009, pp. 36 et s., M. HAURIQU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 110. Sur cette question, voy. la synthèse de la théorie de l'État effectuée par Christian Behrendt : C. BEHRENDT, « Les pouvoirs du chef de l'État dans le recours aux opérations extérieures », *A.I.J.C.*, 2015, pp. 542-543. (10) Comme le souligne Nicolas Lagasse, « la mission première des forces armées est d'assurer la défense du territoire national. Traditionnellement, l'on considère que l'article 91, alinéa 2, de la Constitution, qui énonce la formule du serment prononcé par le Roi lors de son accession au trône, fonde sa compétence d'engager les forces armées afin de "maintenir l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire" » (N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », *op. cit.*, pp. 57-58).

(11) Cette analyse articulée autour des trois impératifs d'efficacité, de

neutralité et de responsabilité a été développée par ailleurs. Voy. N. B. BERNARD et V. DE SAEDELEER, « L'externalisation des missions de la Défense belge », in V. DE SAEDELEER et N. LAGASSE (dir.), *Nouvelles missions de la Défense : quel cadre juridique ?*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 147-156. (12) A. MOLITOR, *La fonction royale en Belgique*, 1^{re} éd., Bruxelles, Éditions du CRISP, 1979, p. 54, note 40. (13) Aussi embryonnaire sa forme fût-elle en 1831. (14) Sur ce sujet, voy. parmi beaucoup d'autres C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, la Charte, 2019, pp. 347 et s. ; N. LAGASSE, « Le commandement des forces armées : principe et mise en œuvre », in *Questions juridiques d'actualité en lien avec la défense*, *op. cit.*, pp. 13 et s. ; P. D'ARGENT, « Le Roi commande les forces armées », *R.B.D.I.*, 1994, pp. 219 et s. ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH,

« Le commandement de l'armée et la responsabilité ministérielle en droit constitutionnel belge », *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1949, pp. 256 et s. (15) *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 100-16/1, p. 4. (16) P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 214. Voy. aussi E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 6^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 115. (17) B. TERTRAIS, « L'éternel retour de la guerre », in B. TERTRAIS (dir.), *Atlas militaire et stratégique*, Paris, Autrement, 2019, p. 8. (18) P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 214. (19) Voy. H. DUMONT et M. EL BE RHOUIM, *Droit constitutionnel : approche critique et interdisciplinaire*, t. 1, *L'État*, Bruxelles, Larquier, 2021, pp. 83-84 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 2019, p. 679. (20) En ce sens, voy. P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 214.

le nombre de victime est bas²¹. La Belgique est précisément tenue de respecter « en toutes circonstances », sur la base du premier article commun aux quatre conventions de Genève, le droit des conflits armés²². Il ne faut pas non plus penser que la constatation de l'état de guerre entraîne, sur le plan strictement interne, l'application d'un régime spécifique, un « droit public de guerre ». En réalité, sa seule conséquence sur le plan du droit constitutionnel est la « résurrection » des juridictions militaires en application de l'article 157, alinéa 1^{er}, de la Constitution²³.

En revanche, l'application du droit constitutionnel d'exception, notamment en ce qui concerne la suspension des droits et libertés prévue par l'arrêté-loi du 11 octobre 1916²⁴ ou l'interdiction de révision de la Constitution établie par l'article 196 du texte constitutionnel²⁵, dépend de l'existence du « temps²⁶ de guerre ». Cette notion était définie par l'article 58 du Code de procédure pénale militaire²⁷, qui disposait que « le temps de guerre commence au jour fixé par arrêté royal pour la mobilisation de l'armée. Il prend fin au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix ». Toutefois, cette disposition a été abrogée par la loi du 20 mai 1994, dont l'article 2 dispose que « la période de guerre est, pour l'ensemble de forces armées, la période qui, en cas de conflit international, débute et prend fin aux moments fixés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres »²⁸. Le « temps de guerre » est donc remplacé par la loi du 20 mai 1994 par celle de « période de guerre », laquelle « ne correspond pas nécessairement à la notion de "temps de guerre" », mais « laisse plus de souplesse étant donné que pour l'applicabilité de certaines dispositions aux militaires, le lien trop rigide du système de mobilisation et de démobilisation disparaît »²⁹. Les libellés de l'arrêté-loi précité et de l'article 196 de la Constitution n'ont toutefois pas été modifiés. De là à affirmer qu'ils font désormais partie du bois mort du droit constitutionnel belge, il est un pas qu'il est aisé de franchir³⁰. Au sujet de l'article 196 de la Constitution, son éventuelle impossibilité d'activation pose sérieusement un problème, eu égard au rôle de « garde-fou » que cette disposition est amenée à jouer dans la protection du système constitutionnel³¹.

On le voit : le renvoi à la notion archaïque de « guerre » soulève d'importantes difficultés dues à l'état actuel du droit international classique, qui ne reconnaît plus cette notion, avec d'importantes conséquences sur le plan du droit interne. Le constat ne s'arrête pas ici : l'analyse du cadre juridique de la Défense à l'aune du droit international des droits de l'homme, particulièrement celui de la Convention européenne des droits de l'homme, entraîne des écueils tout aussi problématiques.

6. La première de ces difficultés réside précisément dans le régime prévu par l'arrêté-loi du 11 octobre 1916. Il confie aux autorités militaires de très importantes prérogatives qui constituent ni plus ni moins

qu'une suspension de bon nombre de libertés fondamentales (liberté de circulation, droit à la protection du domicile, droit au secret des lettres ou encore liberté de réunion)³² durant le temps de guerre³³. On peut comprendre que la guerre, ou plus généralement un conflit armé, nécessite une efficacité qui peut aller jusqu'à exiger la neutralisation de certaines libertés. D'ailleurs, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui permet une dérogation à certains droits de ce traité, envisage explicitement cette hypothèse « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation »³⁴. Il faut néanmoins constater que le régime mis en place par l'arrêté-loi heurte de plein fouet le libellé l'article 187 de la Constitution, qui dispose que celle-ci « ne peut être suspendue en tout ni en partie ». En effet, cet article a une portée générale et s'oppose à toute neutralisation des droits et libertés de la part des autorités... même en temps de guerre³⁵. Certains auteurs du siècle passé surmontaient cette contradiction par recours à la théorie de l'état de nécessité, conjuguée avec le devoir de préserver l'indépendance belge, elle-même consacrée par le décret du 18 novembre 1830 du Congrès national³⁶, auquel il est parfois prêté une portée « supra-constitutionnelle ». Ce fondement ne semble pas satisfaisant aux yeux de la doctrine actuelle³⁷.

Devant l'incertitude de la validité constitutionnelle de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 et de la survivance de la notion de « temps de guerre » à laquelle cette disposition subordonne son application — concept qui semble aujourd'hui abandonné par le droit belge³⁸ —, il ne paraît pas exagéré d'affirmer que le droit constitutionnel belge n'autorise pas de suspension des libertés fondamentales en cas de conflit armé³⁹. Or, comme nous l'avons écrit, cette suspension peut s'avérer nécessaire dans une telle hypothèse et plus encore, il se peut qu'elle conditionne directement l'efficacité militaire des troupes belges. Les autorités pourraient-elles, dans ce cas, invoquer l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Une réponse négative s'impose : son article 53, et le principe de la clause la plus favorable qu'il consacre, s'oppose à ce que l'État belge invoque une disposition de la Convention pour amenuiser le niveau de protection conféré par le droit interne aux sujets de droits et le cas échéant suspende leurs droits fondamentaux⁴⁰. On précisera néanmoins que dès lors que la Belgique a souscrit à la plupart des obligations internationales de droit international humanitaire, dont la plupart des règles a valeur coutumière, le droit belge tolère une « atténuation » de certains droits de la Convention européenne des droits de l'homme, sans pour autant aller jusqu'à une suspension pure et simple.

En cas de conflit armé, l'absence d'état d'exception est de nature à mettre les autorités belges devant une impasse. Ou bien elles décident de suspendre les droits fondamentaux au nom de l'efficacité militaire et, dans ce cas, elles s'exposent directement à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ; ou bien elles se refusent

(21) E. DAVID, *op. cit.*, pp. 115 et s. En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, le droit des conflits armés requiert toutefois une certaine intensité de conflit ainsi qu'un degré particulier d'organisation des parties.

(22) M. SASSOLI, *International humanitarian law - Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Cheltenham, Elgar, 2019, p. 548.

(23) « Il y a des juridictions militaires lorsque l'état de guerre visé à l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, est constaté. La loi règle l'organisation des juridictions militaires, leurs attributions, les droits et obligations des membres de ces juridictions, et la durée de leurs fonctions ».

(24) Arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, *M.B.*, 15 octobre 1916. Contrairement à ce que son libellé indique, l'arrêté-loi s'applique « pendant la durée du temps de guerre » (art. 1^{er}, alinéa 1^{er}). Voy. *infra*, n° 6, sur cette disposition et le régime d'exception qu'elle établit.

(25) « Aucune révision de la Constitution ne peut être engagée ni pour-

suivie en temps de guerre ou lorsque les Chambres se trouvent empêchées de se réunir librement sur le territoire fédéral ».

(26) Et non de l'« état de guerre ».

(27) Loi du 15 juin 1899 comprenant le titre 1^{er} et II du Code de procédure pénale militaire, *M.B.*, 30 juin 1899.

(28) *M.B.*, 21 juin 1994. Cet article a depuis été abrogé (loi précitée du 31 juillet 2013, article 313), mais l'article 186, alinéa 2, de la loi précitée du 28 février 2007, actuellement en vigueur, définit de la même manière la « période de guerre ».

(29) *Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 927/1 p. 3.

(30) On précisera toutefois que le « règlement » du 3 mai 1939 sur les réquisitions militaires, quant à lui toujours en vigueur, continue à définir le temps de guerre de la même manière que l'article 58 du Code de procédure pénale militaire, en réalité en reprenant sa définition (*M.B.*, 10 septembre 1939, article 66). Cette base normative semble bien « faible » à l'aune des conséquences qu'entraîne le temps de guerre sur le système constitutionnel dans son ensemble ainsi que de l'objet du règle-

ment du 3 mai 1939, à savoir la réglementation des réquisitions militaires.

(31) *Doc. parl.*, Sénat, 1966-1967, n° 150, pp. 1 et 2 ; J. VELU, *Droit public*, t. 1, *Le statut des gouvernants* (1), Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 206 ; F. DELPÉREE, *Droit constitutionnel*, t. 1, *Les données constitutionnelles*, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 98.

(32) Arrêté-loi précité du 11 octobre 1916, article 4.

(33) Voy. à ce sujet R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « L'absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATHIER (dir.), *La réponse belge à la crise du Covid-19 au regard du droit public : quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 25-82.

(34) Convention E.D.H., article 15, alinéa 1^{er}.

(35) S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exceptions », in E. VANDENBOSSCHE (dir.), *Uitzonderlijke omstandigheden in grondwettelijke recht*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 3-4.

(36) Décret du 18 novembre 1830 sur l'indépendance du peuple belge, *B.O.*, 1831, n° XLI. Voy. R. Hayoit de Termicourt, concl. avant Cass., 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, pp. 496 à 497 ; section de législation du Conseil d'État, avis du 9 juin 1952 sur un avant-projet de loi « relatif à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre », *Doc. parl.*, Chambre, 1952-1953, p. 172.

(37) J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 27 et 28 et les références citées.

(38) Voy. *supra*, n° 5.

(39) Qui, pour rappel, est un concept plus large que celui, restrictif, de « guerre ».

(40) Section de législation du Conseil d'État, avis du 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi « relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique », n° 68.936/A.G., p. 8.

à cette suspension, quitte à mettre en péril l'efficacité des forces armées et, par-là, l'indépendance nationale elle-même⁴¹.

7. Dans une hypothèse moins grave que celle d'un conflit armé — mais davantage d'actualité — les missions de maintien de l'ordre effectuées par la Défense en « période de paix » soulèvent également d'importantes questions à l'aune des exigences dégagées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'emploi de la force. De janvier 2015 à septembre 2021, la Belgique a décidé de déployer les forces armées en rue, en appui des services de police, dans le cadre d'une mission de lutte contre le terrorisme. À l'époque, à en suivre le gouvernement, cette opération — appelée *Vigilant Guardian* — se réalisait sur la base de l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, de la loi du 20 mai 1994⁴², de l'arrêté royal du 6 juillet 1994⁴³, de la loi du 5 juillet 1992 sur la fonction de police⁴⁴ et de l'article 151 de la loi-programme du 2 août 2002⁴⁵. Ces dispositions sont libellées en des termes très généraux et n'ont manifestement pas été prévues pour assurer le maintien de l'ordre dans le cadre d'une menace terroriste⁴⁷ : elles n'autorisent par exemple pas le recours à la force⁴⁸ ni aux autres moyens de contrainte et ne permettent en outre pas aux militaires de procéder à la fouille de personnes. L'opération *Vigilant Guardian* a manifestement excédé ce cadre légal⁴⁹.

Par ailleurs, cette mission a également soulevé d'importantes questions quant à sa conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour exige, sur la base de l'article 2 de la Convention, que le cadre légal autorisant le recours à la force soit complet et à jour, définissant les circonstances limitées dans lesquelles les militaires peuvent ouvrir le feu⁵⁰. Il faut également que le militaire ait suivi une formation adaptée à la mission⁵¹ et que les opérations soient planifiées avec la plus grande attention⁵². Ces conditions n'étaient pas non plus satisfaites dans le cadre de l'opération *Vigilant Guardian*⁵³. Il y a aussi lieu de constater qu'aucune disposition de droit belge ne définit clairement et de manière générale les missions de la Défense ni les hypothèses dans lesquelles les militaires peuvent recourir à la force⁵⁴. Certaines missions sont certes énumérées par des lois particulières, notamment en ce qui concerne les compétences de police de la Marine⁵⁵. Mais globalement, on ne peut que déplorer le vide normatif en la matière : les missions « principales » de la Défense, à savoir la défense de l'indépendance nationale et, désormais, le maintien de l'ordre, se réalisent en dehors d'un encadrement cohérent et d'ensemble, adapté aux menaces contemporaines⁵⁶. À nouveau, ce phénomène paraît particulièrement problématique à l'aune des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors que ce qui caractérise la Défense est précisément la potentialité de l'usage de la force létale, à l'exception de toute autre institution.

2 Un cadre normatif inadapté au fédéralisme belge

8. Le fédéralisme belge postule, sous réserve du cas particulier des ordonnances bruxelloises⁵⁷, une égalité entre les normes adoptées par l'autorité fédérale et les entités fédérées⁵⁸. Il n'établit pas, sauf exception, de primauté du droit fédéral sur le droit des entités fédérées⁵⁹ mais bien une équipollence de principe entre eux et ce même en cas de circonstances exceptionnelles, tels une crise sanitaire ou un conflit armé⁶⁰. Ce constat peut engendrer d'importantes difficultés dans le domaine de la Défense : malgré le principe d'exclusivité — qui veut que « toute situation juridique est en principe réglée par un seul et unique législateur »⁶¹ —, il arrive bien souvent que les compétences de l'autorité fédérale en matière militaire⁶² présentent *a priori* des points de connexion avec d'autres « matières » relevant de législateurs différents. Nous nous limiterons à deux exemples.

9. Les régions sont compétentes en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire en vertu de l'article 6, § 1^{er}, l, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁶³. Cette compétence n'est pas assortie d'exceptions au profit de l'autorité fédérale en ce qui concerne les installations militaires. Or, la soumission des bâtiments sensibles de la Défense à cette réglementation régionale est de nature à potentiellement révéler aux administrations fédérées des informations confidentielles relevant du secret militaire, connues uniquement du commandement et du ministre — fédéral — de la Défense. À l'occasion d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Liège, la Cour de cassation a néanmoins estimé que la conservation des « postes militaires » ne relevait pas de la compétence régionale de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, mais bien de la compétence du ministre de la Défense en vertu du décret révolutionnaire des 8 et 10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs⁶⁴, apparemment toujours en vigueur. L'article 13 du titre premier de ce décret dispose en effet que « tous (...) postes militaires (...) sont déclarés propriétés nationales : en cette qualité, leur conservation est attribuée au ministre de la Guerre et, dans aucun cas, les corps administratifs ne pourront en disposer », tandis que l'article 5 de son titre VI affirme, de manière semblable, que « le ministre de la Guerre devenant responsable du bon emploi et de la conservation des établissements et bâtiments militaires (...), les corps administratifs ne pourront, en aucun cas, en disposer ». Pour la Cour de cassation, la conservation des postes militaires est une matière relevant de l'autorité fédérale sur cette base, dans la stricte mesure des travaux nécessaires à cette conservation. Lorsque ceux-ci dépassent cette limite, ou

(41) Sous la réserve, toutefois, de la remarque précédente relative à la portée du droit international humanitaire.

(42) Loi du 20 mai 1994 relative aux périodes et aux positions des militaires du cadre de réserve, ainsi qu'à la mise en œuvre et à la mise en condition des Forces armées, *M.B.*, 21 juin 1994.

(43) Arrêté royal du 6 juillet 1994 portant détermination des formes d'engagement opérationnel, d'assistance et d'appui militaire, et des activités préparatoires en vue de la mise en œuvre des forces armées, *M.B.*, 20 juillet 1994.

(44) *M.B.*, 22 décembre 1992.

(45) *M.B.*, 29 août 2002.

(46) N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », *op. cit.*, p. 91 et les références citées.

(47) N. B. BERNARD et S. VANDENBOSCH, « Quelques propositions pour une remise au goût du jour de l'article 167 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 2019, p. 297.

(48) Hors le cas de péril grave.

(49) N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », *op. cit.*, p. 89.

(50) C.E.D.H., gr. ch., 6 juillet 2005, arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie*, § 96 ; C.E.D.H., gr. ch., 20 décembre 2004, arrêt *Makaratzis c. Grèce*, § 70.

(51) C.E.D.H., 26 juillet 2005, arrêt *Simsek et autres c. Turquie*, § 109 ; C.E.D.H., 6 juillet 2005, arrêt *Kakoulli c. Turquie*, § 110 ; C.E.D.H., gr. ch., 6 juillet 2005, arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie*, § 97.

(52) C.E.D.H., gr. ch., arrêt *Giuliani et Gaggio c. Italie*, 24 mars 2011, § 177 ; C.E.D.H., 13 mars 2007, arrêt *Huohvanainen c. Finlande*, § 94 ; C.E.D.H., 15 février 2007, arrêt *Yüksel Erdogan et autres c. Turquie*, § 86 ; C.E.D.H., 17 mars 2005, arrêt *Bubbins c. Royaume-Uni*, § 136 ; C.E.D.H., 9 octobre 1997, arrêt *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, § 182.

(53) N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », *op. cit.*, pp. 75-76.

(54) N. LAGASSE, *ibidem.*, pp. 142-143. L'auteur évoque, à juste titre selon nous, un « patchwork mité ».

(55) À ce sujet, voy. N. LANGE, « La recherche des infractions par la marine belge », *Rev. dr. pén.*, 2014, pp. 154 et s. ainsi que les références citées.

citées.

(56) Ce constat vaut aussi, logiquement, pour l'externalisation de certaines missions de la Défense : l'abandon de certaines missions au profit d'acteurs privés n'est en effet pas encadré d'un point de vue normatif.

(57) Voy. loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, *M.B.*, articles 9 et 45. Voy., à ce sujet, Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 118-120 et les références citées ; A. ALÉN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 384-385.

(58) Sur cette question, voy. F. DELPÉRIE et M. VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme », *R.B.D.C.*, 2004, pp. 289-303.

(59) Partant, l'adage allemand « Bundesrecht bricht Landesrecht » ne convient pas à la fédération belge.

(60) C. ROMAINVILLE et K. REYBROUCK, « Le débat sur la hiérarchie fédérale en Belgique. Nécessaire en temps de crise et en temps ordinaire ? », *Leuven blog for public law*, en ligne, 18 juin 2021.

(61) Voy. notamment C. const.,

14 juillet 2016, n° 110/2016 et C. const., 15 octobre 2015, n° 141/2015. Plus récemment encore, voy. C. const., 17 décembre 2020, n° 165/2020. Sur le principe d'exclusivité, voy. J. VANPRAET, « De algemene beginselen van bevoegdheidsverdeling », in

B. SEUTIN et G. VAN HAEGENDOREN (dir.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 28 et s. ; J. VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2011, pp. 35 et s.

(62) Sur l'étendue de ces compétences, voy. C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, pp. 394 et 395 ; K. REYBROUCK et S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 797 et s.

(63) *M.B.*, 15 août 1980.

(64) Pour le texte du décret, voy. *P.B.*, v° « Domaine militaire », t. 31, Bruxelles, Larcier, 1889, col. 1000-1004.

concernent des installations de la Défense utilisées à des fins civiles, les régions sont compétentes en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire⁶⁵. Un arrêt du Conseil d'État du 16 octobre 2003 va dans le même sens : la Haute juridiction administrative y considère en effet que les relations entre l'autorité fédérale et les administrations régionales compétentes en matière d'urbanisme, en ce qui concerne les places militaires, sont réglées par le décret des 8 et 10 juillet 1791 précité⁶⁶.

Le raisonnement permet de préserver l'efficacité des forces armées en évitant des immixtions régionales dans les installations sensibles. Il pose néanmoins question sur le plan juridique. Il semble que le législateur spécial n'ait pas souhaité établir, en ce qui concerne l'urbanisme et l'aménagement du territoire, d'exception au profit de l'autorité fédérale dans le domaine de la Défense. Si les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980 précisent explicitement, au sujet de la compétence des régions en matière de travaux publics et des transports⁶⁷, que « l'autorité nationale reste toutefois compétente en ce qui concerne les infrastructures (ports, routes, aéroports) liées à la défense civile et militaire du pays »⁶⁸, ils ne prévoient pas pareille exception dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire. On peut légitimement douter de la prise en compte, par le législateur spécial, d'un décret révolutionnaire de 1791. Plus encore, il semble qu'il ait été abrogé implicitement par la loi spéciale du 8 août 1980. En toute hypothèse ne voit pas comment il pourrait prévaloir sur le texte clair de la loi spéciale.

Il reste que de manière générale, l'autorité fédérale peut organiser des dérogations aux prescriptions régionales sur la base de sa compétence résiduelle en matière de sécurité et de défense du territoire⁶⁹. Dans ce cas, elle exerce néanmoins sa compétence en « bonne intelligence » avec les Régions, c'est-à-dire dans le respect du principe de loyauté fédérale consacré par l'article 143 de la Constitution. La marge de manœuvre de l'autorité fédérale est alors limitée : les normes adoptées ne peuvent avoir pour effet de priver la norme régionale d'effet utile, ni de rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de la compétence fédérée⁷⁰.

10. À l'inverse, les compétences des entités fédérées viennent parfois empiéter sur la compétence fédérale en matière de Défense de manière inattendue et imprévue. La Région wallonne a, récemment, adopté un décret interdisant à tous les types de drones de survoler les réserves naturelles, en ce compris ceux de la Défense⁷¹. La Région s'est basée sur sa compétence en matière de protection et de conservation de la nature, prévue à l'article 6, § 1^{er}, III, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, dans un souci de protection de la faune et de la biodiversité⁷². Pour ce faire, elle ne pouvait fonder son intervention que sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, siège des pouvoirs implicites, dès lors que le survol des drones relève de la compétence de la police de la navigation aérienne, laquelle appartient à l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 4, 3^o, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du

8 août 1980⁷³. Par son arrêt n° 106/2021 du 15 juillet 2021, la Cour constitutionnelle a validé l'empiètement ainsi effectué, en ce compris en matière de Défense. Selon la Cour en effet, les conditions du recours aux pouvoirs implicites étaient remplies en l'espèce, dès lors que, notamment, « le décret attaqué n'édicte pas une interdiction absolue [mais] permet (...) au gouvernement wallon d'octroyer des dérogations à l'intervention de survol des réserves naturelles par les drones », de telle sorte que « les services de la défense, les services de police et les services de sécurité civile peuvent solliciter du gouvernement wallon des dérogations, le cas échéant une dérogation décrite de manière générale, à l'interdiction prévue par le décret attaqué », et que « lors de l'appréciation de telles demandes de dérogation et lors de la détermination des éventuelles conditions assortissant de telles dérogations, le gouvernement wallon doit veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs missions par les services concernés »⁷⁴.

Sur le plan juridique, le raisonnement ne se prête à aucune critique : en l'absence de hiérarchie entre la compétence fédérale de la Défense et les compétences des entités fédérées, il est tout à fait envisageable que ces dernières empiètent dans ce domaine par le truchement des pouvoirs implicites⁷⁵. Poussée à son paroxysme, cette technique régionale pourrait néanmoins porter atteinte au commandement des forces armées. Certes, le gouvernement wallon peut prévoir des dérogations — même générales, nous précise la Cour constitutionnelle —, néanmoins, il peut assortir ces dernières de conditions. Il doit également veiller à ne pas rendre impossible ou « exagérément difficile » les missions de la Défense. Une entrave « moyennement difficile » est, par tant, acceptable. Cela pourrait s'avérer problématique, car les missions des forces armées consistent à intervenir de la manière la plus rapide possible, en faisant face à toutes les éventualités et tous les imprévus, pour assurer la sécurité des personnes et des biens sur toute partie du territoire. Elles s'accommodent mal d'une dérogation assortie de conditions fixées à l'avance, sauf à prévoir une exemption à ce point générale qu'elle aboutirait dans les faits à soustraire la Défense du champ d'application du décret régional précité. La protection de la faune et de la biodiversité prime donc sur l'efficacité militaire⁷⁶. De manière plus générale, l'arrêt n° 106/2021 ouvre la porte à l'usage des entités fédérées de la théorie des pouvoirs implicites pour intervenir dans les activités de la Défense.

11. Les situations « à cheval » sur les compétences de plusieurs autorités, dont le survol des réserves naturelles par des drones constitue un exemple paradigmatique⁷⁷, mettent en évidence que l'articulation de la compétence fédérale de la Défense et celles des entités fédérées constitue un « impensé » des réformes de l'État⁷⁸. Or, ce partage des compétences en matière militaire⁷⁹ est de nature à entraver de manière très sérieuse l'efficacité des forces armées, dont l'action et le déploiement dépendent en partie de la réglementation des entités fédérées,

(65) Cass., 26 novembre 1999, RG n° C.97.0314.F.

(66) C.E., 16 octobre 2003, *État belge*, n° 124.312, p. 11.

(67) Prévue à l'article 6, § 1^{er}, X, de la loi spéciale du 8 août 1980.

(68) *Doc. parl.*, Chambre, 1988-1989, n° 516/1, p. 13.

(69) On précisera que de manière générale, la Défense est assujettie à la réglementation régionale, sauf disposition contraire (loi, arrêté royal ou accord de coopération). Il n'existe en effet pas de principe qui soustrait la Défense à l'obligation de respecter les normes régionales.

(70) Des protocoles ont d'ailleurs été conclus entre l'autorité fédérale et les Régions dans certaines matières, notamment en ce qui concerne l'environnement, pour convenir de la mise en œuvre de certaines règles en prenant en compte les impératifs inhérents à la Défense.

(71) Décret de la Région wallonne du 14 février 2019 modifiant l'article 11 de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature en vue d'interdire le survol des ré-

serves naturelles avec un drone, *M.B.*, 5 mars 2019.

(72) *Doc. parl.*, Parlement wallon, 2017-2018, n° 1160/1, pp. 3 et 4.

(73) Cette compétence vise tant les aéronefs « privés » que les aéronefs « d'État », en ce compris militaires.

Voy. C. const., 15 juillet 2021, n° 106/2021, B.15.5.

(74) C. const., 15 juillet 2021, n° 106/2021, B.17.4.

(75) La Cour constitutionnelle l'a d'ailleurs admis en matière de justice, lorsque la Région flamande a créé une juridiction administrative sur la base des pouvoirs implicites. Voy. C. const., 27 janvier 2011, n° 8/2011, B.7.1 à B.8.11. Voy. aussi C. const., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.92.6.

(76) Et ce alors que l'usage de drones constitue l'avenir des activités aériennes militaires. On peut aussi s'interroger quant à la portée utile du décret régional en cas de drones militaires furtifs. Par ailleurs, il faut rappeler que dans le cadre de l'affaire *Jürgen Conings*, le militaire s'était précisément réfugié dans des zones boisées.

boisées.

(77) Pour prendre un autre exemple, on peut faire référence à la problématique des éoliennes qui limitent les possibilités d'entraînement (en ce qui concerne le parachutage et le vol à basse altitude) et perturbent les radars de contrôle aérien. Une initiative législative dans ce domaine se trouve dans les cartons du cabinet de la ministre de la Défense.

(78) Dans les travaux préparatoires des réformes de l'État, on en trouve toutefois des traces *ponctuelles*. Voy. notamment *Doc. parl.*, Chambre, 1988, n° 516/6, p. 70 : « la défense civile et militaire de la nation, de même que sa préparation en temps de paix restent une matière nationale. C'est notamment le cas pour la préparation du ravitaillement de la population, l'approvisionnement en matières premières et en énergie ». De manière générale, on précisera aussi que la compétence de l'autorité fédérale relative à l'École royale militaire — alors que l'enseignement relève en principe de la compétence des communautés — constitue une

entorse à la « théorie » des matières réservées, qui postule que les dispositions constitutionnelles antérieures à 1970 ne peuvent être considérées comme des règles répartitrices de compétences entre l'État, les communautés et les régions. En effet, par son arrêt n° 64/2000 du 30 mai 2000, la Cour constitutionnelle a jugé que « l'article 24, § 5, de la Constitution, aux termes duquel "l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret", n'est pas applicable à l'enseignement dispensé à l'École royale militaire, cette matière étant réservée au législateur fédéral en vertu de l'article 182 de la Constitution », bien que l'article 182 de la Constitution date de 1831. Pour une excellente synthèse de la « théorie » des matières réservées, voy.

M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2020, pp. 941-947.

(79) Dès lors qu'en pratique, la matière relève de législateurs différents.

avec un risque de traitement différencié en fonction du ressort territorial concerné⁸⁰.

Ces situations aboutissent à une dilution de la responsabilité du ministre de la Défense devant la Chambre des représentants en rompant le principe d'unité du commandement. Il se déduit en effet de l'article 167 de la Constitution que le commandement de l'armée se caractérise par son unité, de telle sorte que la disposition constitutionnelle instaure une ligne unifiée de commandement⁸¹ : selon les termes de la section de législation du Conseil d'État, « l'article [167] de la Constitution investit le Roi du commandement suprême de toutes les subdivisions des forces armées. La Constitution rend également intangible, par-là, l'unité de ce commandement. Des subdivisions fonctionnelles des forces armées (...) sont évidemment nécessaires sur le plan organisationnel. Elles ne peuvent toutefois porter atteinte à l'unité du commandement suprême ; elles ne peuvent rompre la convergence des structures hiérarchiques vers ce commandement »⁸². Or, en l'état actuel du droit de la répartition des compétences, il faut constater que la responsabilité du ministre de la Défense pourrait être diluée du fait de la rupture de cette unité⁸³. Il est possible qu'il ne puisse plus répondre devant les députés de l'ensemble de l'action des forces armées, puisque cette dernière pourrait par moments être entravée par des réglementations fédérées qui échappent par nature à sa supervision. Or, comme le souligne la Commission de Venise dans son rapport n° 389/2008, « selon la théorie de la démocratie, le pouvoir militaire doit être contrôlé par les représentants élus de ceux qui détiennent le pouvoir suprême »⁸⁴.

3 Un cadre normatif questionné par les exigences démocratiques contemporaines

12. Le cadre normatif relatif à la Défense est, enfin, questionné par certaines exigences démocratiques contemporaines en raison de son caractère daté. Ces exigences n'entraînent néanmoins pas toujours de véritable *conflit normatif* entre ce cadre et d'autres règles juridiques. L'analyse reflète plutôt un conflit de valeurs.

13. L'inscription de l'activité régalienne de la Défense dans le système constitutionnel belge de la séparation des pouvoirs⁸⁵ constitue un premier exemple de ce conflit. En l'état actuel du droit public, le Roi dispose du pouvoir de commander les forces armées⁸⁶ (pouvoir qui s'interprète de manière large⁸⁷), de régler l'organisation de l'armée⁸⁸ et de conclure les traités militaires⁸⁹. Il s'agit de pouvoirs étendus conférés par le Congrès national en 1831 qui, dans un contexte de guerre contre les Pays-Bas, a fait du Pouvoir exécutif l'organe prédominant en matière militaire, principalement pour des raisons d'efficacité⁹⁰. Dans cette perspective, les prérogatives du Pouvoir législatif doivent s'appréhender comme une série de contrepoids, dans un souci d'équilibre des pouvoirs : le Constituant originaire a perçu certains dangers à confier au Pouvoir exécutif un monopole en la matière, dans le contexte géopolitique postnapoléonien⁹¹. Il a donc conféré au législateur le soin de voter le contingent de l'armée⁹², de régler le mode de recrutement des militaires⁹³, de fixer les droits et obligations de ceux-ci⁹⁴, d'établir la manière dont ils peuvent être privés de leurs grades, honneurs et pensions⁹⁵ et, enfin, d'autoriser les troupes étrangères à être au service de l'État, occuper ou traverser le territoire national⁹⁶. *A contrario*, le pouvoir législatif n'a pas à intervenir dans le cadre des opérations militaires décidées par le Roi et, partant, dans le déploiement des troupes sur le territoire national ou à l'étranger⁹⁷ : la Constitution lui octroie tout au plus un droit d'information spécial⁹⁸.

À bien des égards, ce système semble dépassé. Tout d'abord, la doctrine récente dénonce l'exclusion du Parlement dans la conduite des opérations militaires. Elle plaide pour l'attribution de certaines prérogatives aux élus de la Nation⁹⁹. De nombreuses propositions de déclaration de révision de la Constitution vont également en ce sens¹⁰⁰. Aux yeux de beaucoup, il ne semble plus acceptable au XXI^e siècle que le Pouvoir exécutif puisse décider, seul, du déploiement de troupes, eu égard aux conséquences politiques importantes d'une telle décision. Dans ce cadre, il faut néanmoins garder à l'esprit que la conduite des opérations militaires doit s'effectuer de la manière la plus efficace possible, ce qui semble incompatible, de prime abord, avec la procédure parlementaire¹⁰¹. Un juste milieu est à trouver. Par ailleurs, le monopole du pouvoir législatif pour établir le statut des forces armées paraît aussi anachronique. En 1831, le spectre de Napoléon hantait les esprits, ce qui explique pourquoi le Constituant a créé une différence de traitement entre les militaires et les agents d'autres services publics, dont le statut est fixé par le Roi. Il s'agissait d'assurer le plus possible la neutralité des forces armées et leur soumission à l'État de droit¹⁰².

(80) Ce risque est inhérent au fédéralisme. La Cour constitutionnelle considère d'ailleurs, de jurisprudence constante, qu'« une différence de traitement dans des matières où les communautés et les régions disposent de compétences propres est la conséquence possible de politiques distinctes permises par l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de celle-ci ; une telle différence ne peut en soi être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Cette autonomie serait dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière dans les diverses communautés et régions était jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution » (voy. not. C. const., 5 décembre 2019, n° 195/2019, B.16.2 ; voy., plus généralement, G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 358-360 et les arrêts cités ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 88).

(81) N. LAGASSE, « Le commandement des forces armées : principe et mise en œuvre », *op. cit.*, p. 18.

(82) Section de législation du Conseil d'État, avis du 8 mai 1985 sur une proposition de loi « portant scission de la gendarmerie », n° 16.487/8, p. 4.

(83) Et ce même si, comme nous l'avons précisé *supra* (n° 10), la com-

pétence fédérale en matière de Défense doit s'exercer, en cas de dérogation aux réglementations fédérées, dans le respect de la loyauté fédérale.

(84) Rapport de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) sur le contrôle démocratique des forces armées, 14-15 mars 2008, n° 389/2008, §69, www.venise.coe.int.

(85) Pour une vue d'ensemble récente de ce système, voy. F. AMEZ, « Le principe de légalité en matière de force publique », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 287 et s.

(86) En vertu de l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution. On considère que ce pouvoir de commandement englobe la constatation de l'état de guerre et de la fin des hostilités (N. LAGASSE, « Le commandement des forces armées : principe et mise en œuvre », *op. cit.*, pp. 15 et s.).

(87) Puisqu'elle recouvre les décisions politiques de recourir à la force (P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 212), ce qui constitue la mission première des forces armées.

(88) En vertu des articles 37, 107, 114 et 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution. Ce pouvoir comprend l'organisation générale de l'armée, l'achat de matériel militaire, l'octroi de grades ainsi que d'ordres honorifiques militaires.

(89) En vertu de l'article 167, § 2, de la Constitution.

(90) C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 354.

(91) I. VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs de la Constitution belge*, Bruxelles, Goemare, 1864, pp. 663 et s.

(92) En vertu de l'article 183 de la Constitution.

(93) En vertu de l'article 182 de la Constitution.

(94) En vertu de l'article 182 de la Constitution.

(95) En vertu de l'article 186 de la Constitution.

(96) En vertu de l'article 185 de la Constitution.

(97) P. D'ARGENT, « Military law in Belgium », *European Military Law Systems*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, p. 198. Tout au plus le Parlement peut-il interdire l'armée d'utiliser certaines armes, tout en veillant néanmoins à ne pas priver la priver de tout moyen adéquat de remplir ses missions (voy. J. CLARENNE, M. EL BERHOUMI et T. MOONEN, « Le contrôle parlementaire de l'armée à la lumière de la séparation des pouvoirs civil et militaire », *A.P.T.*, 2018, p. 445 ; section de législation du Conseil d'État, avis du 25 janvier 1983 sur une proposition de loi « tendant à supprimer la flotte aérienne de la force aérienne », n° 15.105/9, p. 8).

(98) Voy. l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, de la Constitution : « Le Roi commande les

forces armées, et constate l'état de guerre ainsi que la fin des hostilités. Il en donne connaissance aux Chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'état le permettent, en y joignant les communications convenables » (souligné par nous).

(99) Voy. notamment H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », *La légalité : un principe de la démocratie en péril ?*, *op. cit.*, pp. 826 et 863 ; M. VERDUSSEN, *Réanchanter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, pp. 68-69 ; É. VANDENBOSSCHE, « De evolutie van de parlementaire controle op de deelname van Belgische militairen aan internationale operaties », *Questions juridiques d'actualité en lien avec la défense*, *op. cit.*, pp. 191 et s.

(100) Voy., entre autres, *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-0932/1 ; *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 7-97/1 ; *Doc. parl.*, Chambre, 2019, n° 55-0324/001 ; *Doc. parl.*, Sénat, 2018-2019, n° 6-518/1.

(101) Voy. *supra*, n° 2. Ainsi, l'opération *NEO Red kite*, qui consistait en l'évacuation de certaines personnes présentant des liens avec la Belgique de l'aéroport de Kaboul après le renversement du régime afghan par les talibans, a dû être décidée en quelques heures par le Kern.

(102) D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier,

Cela suppose néanmoins, encore aujourd'hui, que toute modification du statut passe par de longs débats parlementaires. Donner cette compétence au Roi permettrait au contraire une plus grande flexibilité dans la mise à jour de la matière, qui apparaît sur certains points datée et inadéquately¹⁰³.

14. Il semble aussi que le législateur joue parfois avec les limites du système constitutionnel relatif à la Défense pour immuniser certaines normes de tout contrôle juridictionnel sans se pencher sur le fond de certains problèmes. Par exemple, les relations entre les autorités publiques et les syndicats militaires sont réglées par une loi du 11 juillet 1978¹⁰⁴, qui était exécutée par un arrêté royal du 3 décembre 2006¹⁰⁵. Par son arrêt n° 191.179 du 9 mars 2009, le Conseil d'État a annulé plusieurs dispositions de celui-ci au motif que le projet d'arrêté royal avait été négocié entre les syndicats et l'autorité publique selon une procédure considérée comme illégale par la Haute juridiction administrative dans un arrêt antérieur¹⁰⁶. En réaction à cet arrêt, le législateur est intervenu et a décidé d'exécuter la loi du 11 juillet 1978 par une autre loi, battant ainsi en brèche les exigences légistiques élémentaires. La loi du 23 avril 2010 portant exécution temporaire de l'organisation des relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire tend en effet à exécuter la loi du 11 juillet 1978 et ce « jusqu'à ce que le Roi y pourvoie »¹⁰⁷.

Les travaux préparatoires de la loi du 23 avril 2010 précisent qu'à la suite des arrêts précités du Conseil d'État, toute négociation syndicale devait être considérée comme illégale, de sorte que, selon le législateur, aucune nouvelle négociation n'était possible en vue d'adopter un nouvel arrêté royal¹⁰⁸. Au lieu de résorber l'illégalité en modifiant la loi du 11 juillet 1978 et, dans un second temps, en adoptant des arrêts d'exécution valides, le législateur a adopté une *loi d'exécution* pour assurer la sécurité juridique, « mais uniquement pour le temps nécessaire pour organiser un comptage sur base des dispositions de la présente loi afin d'identifier les organisations syndicales représentatives et de réaliser un nouveau projet d'arrêté royal portant exécution de la loi syndicale »¹⁰⁹. Douze ans plus tard, cette loi demeure toutefois en vigueur. Il semble que la technique utilisée ait surtout permis de soustraire l'exécution du statut syndical à tout contrôle juridictionnel. En tant que disposition législative, la loi du 23 avril 2010 échappe à la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État¹¹⁰. Elle pourrait faire l'objet d'un contrôle de la Cour constitutionnelle¹¹¹, mais la jurisprudence de celle-ci est fixée en ce sens qu'elle ne contrôle pas la répartition « verticale » des compétences entre le Pouvoir exécutif et le Pouvoir législatif¹¹², sauf si « le législateur, en imposant au pouvoir exécutif de prendre une mesure qui ne relève pas de la compétence de celui-ci, prive ainsi une catégorie de personnes de l'intervention d'une assemblée démocratiquement élue, prévue expressément par la Constitution »¹¹³. Or, l'hypothèse est ici quelque peu inversée : le législateur a exécuté lui-même une autre norme législative, alors que cette mission incombe normalement au Roi. Ce qui est en tous cas regrettable, c'est l'instrumentalisation de l'outil législatif pour préserver un système de négociation syndicale dont l'illégalité a été constatée par un juge, au lieu de revoir en profondeur ce système.

15. Outre le statut syndical, le statut spécifique au personnel militaire féminin aurait, lui aussi, besoin d'une profonde mise à jour. La loi du 13 juillet 1976 précise que « sauf ce qui est disposé spécialement dans la présente loi, les militaires féminins des forces armées ont les mêmes

droits, les mêmes devoirs et les mêmes obligations que les militaires masculins »¹¹⁴, tout en précisant ensuite que « le Roi peut interdire aux militaires féminins l'exercice de fonctions dangereuses ou insalubres. Il peut en outre subordonner l'exercice de ces fonctions à l'observation de certaines mesures de protection »¹¹⁵. Pris sur la base de cette habilitation, l'arrêté royal du 6 avril 1977 interdit aux femmes d'effectuer des travaux manuels de terrassement, de fouille et d'excavation du sol (à l'exception de ceux qui sont effectués en vue de la protection individuelle) et des travaux manuels dans les caissons à air comprimé¹¹⁶. L'on ne voit néanmoins pas pourquoi, à l'heure actuelle, il serait interdit au personnel militaire féminin d'effectuer certains travaux alors qu'il est jugé apte à la fonction militaire, notamment sur la base d'une évaluation régulière de l'aptitude physique et médicale¹¹⁷.

En réalité, le message latent porté par la législation est réducteur. Il date d'une époque où les forces armées venaient à peine de s'ouvrir aux femmes : la loi du 13 juillet 1976 visait d'ailleurs à leur interdire l'exercice des fonctions de combat en confiant au Roi le soin de déterminer les tâches que le personnel féminin pouvait exercer¹¹⁸. La section de législation du Conseil d'État avait déjà, à l'époque, mis en garde le législateur sur de telles différences de traitement. Dans son avis sur le projet à l'origine de la loi du 13 juillet 1976, elle affirmait qu'« il va de soi que pour respecter le prescrit de l'article [10] de la Constitution ainsi que les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (...) et celles de la Convention sur les droits politiques de la femme (...), le Roi devra, dans l'exercice de ce pouvoir, déterminer les critères objectifs selon lequel Il établira de pareilles exclusions »¹¹⁹. Il nous semble que la loi du 13 juillet 1976 et son arrêté d'exécution procèdent d'une vision archaïque et patriarcale de la femme qui ne correspond plus du tout aux valeurs actuelles. Une réflexion d'ensemble sur la place du personnel militaire féminin dans la Défense serait particulièrement bienvenue.

16. Alors que le législateur s'inscrit parfois à rebours des exigences démocratiques actuelles, il arrive au contraire qu'il soit pris d'un excès de zèle qui met néanmoins directement à mal l'efficacité de la Défense. L'abandon de la condition de nationalité pour le recrutement en constitue un bel exemple. L'article 9, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 28 février 2007 dispose de manière générale que pour pouvoir acquérir la qualité de militaire, il faut notamment « être belge ou ressortissant d'un autre État membre de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ». Une telle affirmation semble heurter de plein fouet le prescrit de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution, qui établit que seuls les belges sont admissibles aux emplois militaires, sauf les exceptions prévues par la loi « pour des cas particuliers ». On sait que la Cour de justice de l'Union européenne a altéré la portée de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution en interprétant l'article 45 du TFUE de manière telle qu'on ne peut, selon elle, priver un étranger ressortissant d'un État membre de l'Union de l'accès à la fonction publique, sauf en ce qui concerne les emplois qui « comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques », puisque « de tels emplois supposent en effet, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité »¹²⁰. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs intégré ce raisonnement dans sa propre jurisprudence¹²¹. Toutefois, les emplois militaires relèvent bien évidemment des emplois qui comportent une par-

2019, p. 172 ; F. BRIQUEMONT, « Titre VI », in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge : lignes et entre-lignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 426.

(103) Voy. *infra*, n°s 14-16. Cette flexibilité de modification n'entraînerait pas pour autant une insécurité pour le militaire quant à son statut. Voy. à ce sujet P. WIGNY, *Droit administratif. Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 176.

(104) Loi du 11 juillet 1978 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire, M.B., 18 août 1978.

(105) Arrêté royal du 3 décembre 2006 portant exécution de la loi du 11 juillet 1978 organisant les rela-

tions entre les autorités publiques et les syndicats du personnel militaire, M.B., 15 décembre 2006.

(106) Voy. C.E., 6 décembre 2000, n° 91.392.

(107) M.B., 7 mai 2010, article 2.

(108) *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2366/001, p. 4.

(109) *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2366/001, p. 5.

(110) Ainsi que celle, à titre incident, des cours et tribunaux sur la base de l'article 159 de la Constitution.

(111) Qui n'a pas été saisie de cette norme à ce jour.

(112) G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 137 et les références citées.

(113) C. const., 12 mai 2010, n° 56/2010, B.5.

(114) Loi du 13 juillet 1976 relative aux effectifs en officiers et aux statuts du personnel des Forces armées, M.B., 11 août 1976, article 46.

(115) Loi précitée du 13 juillet 1976, art. 48. La loi prévoit aussi une série de dispositions visant à protéger la maternité. Voy. à ce sujet R. GERITS, *op. cit.*, pp. 211-213 et les dispositions citées.

(116) Arrêté royal du 6 avril 1977 portant des mesures de protection pour les militaires féminins dans les forces terrestres, aériennes et de service médical, M.B., 7 mai 1977, article 1^{er}.

(117) Voy., à ce sujet, R. GERITS, *op. cit.*, pp. 121-123.

(118) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1975-1976, n° 822-2, pp. 12 et s. ; loi précitée du 13 juillet 1976, art. 47, abrogée par la loi du 22 mars 2001, M.B., 7 avril 2001, article 112.

(119) *Doc. parl.*, Sénat, 1975-1976, n° 822-1, p. 52.

(120) C.J.C.E., 17 décembre 1980, arrêt *Commission c. Royaume de Belgique*, 149/79, ECLI:EU:C:1980:297, point 10. Voy. également la jurisprudence évoquée par B. LOMBAERT et S. ADRIAENSSEN, « L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique belge », *R.D.S.*, 2015, pp. 221-223.

(121) Voy. C. const., 11 mai 2017, n° 53/2017, cons. B.17.1.

ticipation à l'exercice de la puissance publique et qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État¹²². La section de législation du Conseil d'État considère par ailleurs, en intégrant la jurisprudence de la Cour de justice, que pour permettre le recrutement de personnes dépourvues de la nationalité belge dans l'armée, le législateur devrait prévoir une disposition expresse, fixant un cas particulier, et non une disposition permettant de manière générale de recruter des ressortissants étrangers, même européens¹²³. L'exception visée à l'article 10, alinéa 2, de la Constitution est en effet d'interprétation restrictive¹²⁴ : en principe, les emplois militaires demeurent, malgré l'intégration européenne, réservés aux nationaux.

L'analyse des travaux préparatoires de la loi du 28 février 2007 révèle que sur ce point, le législateur s'est appuyé sur une lecture erronée de la jurisprudence de la Cour de justice précitée et s'est explicitement écarté des remarques de la section de législation du Conseil d'État¹²⁵, qui reprochait à l'avant-projet de loi de ne pas respecter le libellé de l'article 10, alinéa 2, de la Constitution en prévoyant une exception à caractère général¹²⁶. L'exposé des motifs de l'article 9 de la loi du 28 février 2007 affirme que l'ouverture de la qualité de militaire aux ressortissants des autres États européens et de la Confédération helvétique — qui était déjà prévue par la loi du 27 mars 2003 relative au recrutement des militaires — était imposée par la jurisprudence européenne et permettait également de transférer des militaires vers d'autres emplois publics, dès lors que le statut CAMU prévoit explicitement une telle ouverture¹²⁷. Lors de l'examen du projet de loi en Commission des Relations extérieures et de la Défense, le député Wouter Beke interrogea le ministre de la Défense de l'époque, André Flahaut, sur l'inconstitutionnalité de la mesure¹²⁸. De manière laconique, celui-ci répondit, en ne faisant plus référence à la jurisprudence européenne ni au transfert vers d'autres emplois publics, que « l'impossibilité de recruter des non-Belges au sein de la Défense belge est incompatible avec le plaidoyer en faveur d'une armée européenne »¹²⁹. On sait aujourd'hui que ce fantasme des europhiles est au point mort¹³⁰.

Aujourd'hui, l'article 9 de la loi du 28 février 2007 est incompatible avec la Constitution et en opposition frontale avec les souhaits du Congrès national, qui avait explicitement souhaité exclure la possibilité d'ouvrir l'armée aux ressortissants non belges, précisément pour préserver l'efficacité des forces armées et leur neutralité¹³¹. On n'ose imaginer les conséquences de cette ouverture en cas de conflit armé opposant la Belgique à l'État d'origine des membres étrangers des forces armées belges.

Quelques modestes pistes de solutions en guise de conclusion

17. Les différents constats réalisés dans le cadre de cette contribution sont pointillistes, mais ils peuvent être généralisés en ce qu'ils illustrent que le cadre normatif relatif à la Défense est délaissé et commence à « pourrir » par endroit. Partant, une réflexion globale doit pouvoir être envisagée.

L'identification des nombreux écueils qui a été effectuée ne doit toutefois pas omettre le fait que la matière est technique et que les solutions à apporter aux problèmes soulevés ne sont pas simples. Ce constat est amplifié par le fait que la Belgique n'est pas un pays à la culture militaire forte¹³². Certains partis politiques sont manifestement désintéressés par les questions de Défense nationale¹³³. Les investissements militaires — au coût par nature élevé — sont en outre souvent l'occasion pour l'opposition de critiquer l'utilisation des deniers publics, utilisant par-là la Défense comme argument électoral¹³⁴. Par ailleurs, les députés de la majorité rejettent parfois la faute de certains dysfonctionnements sur la Défense elle-même, alors qu'ils sont surtout imputables à un manque de moyens découlant d'un désinvestissement politique¹³⁵. La technicité conjuguée à l'absence d'une réelle volonté commune rendent la perspective d'une réforme normative particulièrement ardue et hypothétique. Toutefois, on se permet de formuler, modestement, trois pistes de solutions de nature strictement procédurale. Le contenu des éventuelles interventions normatives relève en effet de la marge d'appréciation des élus de la Nation.

18. Préalablement à toute réforme normative, il faut entamer un processus de réflexion approfondi sur les moyens alloués à la Défense. Ainsi, depuis la loi du 4 février 2010, le SGRS a été doté d'une série de nouvelles compétences en matière de méthodes particulières de renseignement¹³⁶, qui a été étendue par une loi du 30 mars 2017¹³⁷. Cette intervention législative avait été particulièrement saluée par la doctrine¹³⁸. Toutefois, dans son rapport d'enquête à la suite de l'affaire *Jürgen Conings*, le Comité R constate que certaines méthodes n'ont pas pu être mises en œuvre plus tôt par le SGRS à l'encontre de ce militaire, précisément en raison du manque de moyens¹³⁹. Le Comité R observe également que « les gouvernements successifs n'ont pas suffisamment pris en considération la recherche d'un équilibre délicat entre les missions et les moyens de la Défense »¹⁴⁰. Ce constat n'est pas propre au renseignement militaire, mais il peut être élargi à l'ensemble des activités de la Défense.

Il semble absolument illusoire d'entamer des réformes juridiques globales sans les corroborer avec un investissement conséquent. Il ne s'agit pas seulement d'une responsabilité politique : il en va également de la responsabilité de l'État belge sur le plan international. Les États membres de l'OTAN ont en effet décidé d'allouer, d'ici 2024, au moins 2 % de leur PIB dans la Défense¹⁴¹. La Belgique est loin du compte

(122) Section de législation du Conseil d'État, avis du 17 octobre 2006 sur un avant-projet de loi « fixant le statut des militaires du cadre actif des forces armées », n° 41.358/4, pp. 10 et s. ; section de législation du Conseil d'État, avis du 13 novembre 2002 sur un avant-projet de loi « relative au recrutement des militaires et au statut des musiciens militaires et modifiant diverses lois applicables au personnel de la défense », n° 34.250/4, p. 13.
(123) Avis précité du 13 novembre 2002, n° 34.250/4, pp. 11-13.
(124) F. AMEZ, *op. cit.*, p. 289 ; J. VELAERS, « De Grondwet en de krijgsmacht », in A. DE BECKER, G. LAENEN, M. VAN DAMME et E. VANDENBOSSCHE (dir.), *De grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, Anvers, Maklu, 2005, pp. 70-71.
(125) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-

2007, n° 51-2759/001, pp. 12-13.

(126) Avis précité du 17 octobre 2010, p. 12.

(127) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2759/001, pp. 12-13.

(128) *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2014/3, p. 6.

(129) *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2014/3, p. 8.

(130) Même si avec le retrait précipité de l'Oncle Sam d'Afghanistan, la perspective d'une Europe de la Défense (qui n'est certes pas encore une armée européenne) revient à l'agenda politique.

(131) I. VAN OVERLOOP, *op. cit.*, p. 664.

(132) A. DUMOULIN, J. HENROTIEN et W. STRUYS, « Le remplacement des F-16 belges : une analyse exploratoire », *RMES*, Bruxelles, 2015, p. 46.

(133) Voy. notamment l'analyse réalisée avant les élections de 2019 par

M.-M. COURTIAL, « Quel est le programme de chaque parti pour la Défense ? », *À l'Avant-Garde - site d'actualités sur la Défense belge*, 13 mai 2019, www.defencebelgium.com.

(134) À titre de comparaison, la justice, autre compétence régalienne indissociable à la notion d'« État » et caractérisée par un sous-financement, ne subit pas, à notre connaissance, une telle instrumentalisation. Sur les critiques émises à l'occasion du remplacement des F-16 par les F-35, voy. N. B. BERNARD, « La procédure de remplacement des F-16 : entre transparence et opacité », *R.B.D.C.*, 2019, pp. 160 et s., spéc. pp. 199-200.

(135) M.-M. COURTIAL, « L'éviction du chef du SGRS crée des remous au sein de la Défense », *À l'Avant-Garde - site d'actualités sur la Défense belge*, 19 juillet 2021, www.defencebelgium.com.

belgium.com.

(136) Loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil de données par les services de renseignement et de sécurité, *M.B.*, 10 mars 2010.

(137) Loi du 30 mars 2017 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal, *M.B.*, 28 avril 2017.

(138) Voy. G. RAPAILLE et W. VAN LAETHEN, « La nouvelle loi sur les méthodes particulières de renseignement : une révolution pour les services de renseignement belges », *Rev. dr. pén.*, 2011, pp. 813 et s.

(139) Comité R, rapport précité du 1^{er} juillet 2021, p. 23.

(140) Comité R, rapport précité du 1^{er} juillet 2021, p. 38.

(141) Voy. *The Wales Declaration on the Transatlantic Bond*, § 5, www.nato.org.

avec 1,12 % de son PIB en 2021. Seuls l'Espagne, avec 1,82 % du PIB et le Grand-Duché du Luxembourg, avec 0,87 % du PIB¹⁴², font figure de plus mauvais élèves¹⁴³. Il faut toutefois remarquer que les déclarations politiques de début 2022 laissent entrevoir une augmentation importante du budget militaire dans les prochaines années¹⁴⁴. Il conviendra de vérifier si l'augmentation annoncée sera concrètement traduite par le Parlement dans les lois budgétaires à venir.

19. Le cadre normatif de la Défense a comme source première la Constitution. Or, il semble que les dispositions constitutionnelles consacrées à l'activité militaire sont demeurées relativement inchangées depuis 1831. Sur onze articles¹⁴⁵, seuls deux ont été révisés¹⁴⁶ et deux autres ont subi une retouche de plume à l'occasion de la coordination du 17 février 1994¹⁴⁷. En outre, à l'occasion des rares réformes, l'attention n'a pas toujours été entièrement portée sur la chose militaire. Ainsi, lors de la révision de l'article 167 de la Constitution déjà évoquée, l'objectif principal du Constituant était de régler le statut juridique international des entités fédérées et leur octroyer le *ius tractati*¹⁴⁸. La réforme du commandement des forces armées est passée au second plan, ce qui peut expliquer la référence à la notion d'« état de guerre » alors que le droit interne ne connaissait que le « temps de guerre »¹⁴⁹. Un débat approfondi sur le cadre constitutionnel, mené en commission de réformes institutionnelles¹⁵⁰, paraît souhaitable.

20. Enfin, pour éviter l'éparpillement normatif qui caractérise la matière mais aussi pour, finalement, établir une liste des missions de la Défense, que la doctrine appelle de ses vœux¹⁵¹, il pourrait être envisagé de nommer une commission chargée de la rédaction d'un Code de la Défense, comme cela a été fait ces dernières années pour actualiser le droit civil et le droit pénal. Pareille entreprise a été réalisée au début des années 2000 en France, précisément dans le but de « regrouper, dans un ensemble unique et cohérent, les textes relatifs à l'organisation générale, aux missions, au personnel militaire et au fonctionnement de la défense ». En effet, « en raison de l'existence de textes législatifs et réglementaires parfois très anciens, ce regroupe-

ment permet une clarification de l'état de la réglementation du ministère de la défense et s'inscrit dans une démarche de qualité du droit »¹⁵². La rédaction d'un tel Code permettrait de réaliser un débat sociétal d'ensemble sur le rôle de l'armée belge, son financement, ses missions et son avenir, et ce avec les représentants du monde politique, militaire ainsi que de la société civile, particulièrement le milieu universitaire¹⁵³.

Dans son rapport précité, le Comité R recommande d'ailleurs, au sujet des missions du SGRS — mais, à nouveau, ce constat peut être généralisé à l'ensemble des activités de la Défense —, qu'« un débat sociétal (parlementaire) plus large soit mené (...) ». Cela nécessitera une discussion étayée scientifiquement, ou « stratégiquement » car il n'y a actuellement pas de méthode scientifique à cet effet sur l'octroi des capacités et moyens suffisants pour permettre au service de détecter, suivre et maîtriser comme il se doit toutes les menaces contre la sécurité (inter)nationale. *Les services de renseignement et de sécurité doivent faire l'objet de l'attention parlementaire*, et ce pas uniquement au moment où des problèmes individuels surviennent (politique du chalumeau) »¹⁵⁴.

21. L'enjeu de la réforme du cadre normatif de la Défense est important. Comme le souligne la Commission de Venise, « compte tenu du caractère spécifique du secteur (qui inclut l'emploi de la violence légitime), la question est de savoir comment équilibrer, ou mieux, comment optimiser le bien commun, la valeur ou la finalité mis en jeu par les décisions ou les actes de l'appareil militaire en prenant en compte les principes de la démocratie »¹⁵⁵. La tâche ne sera pas simple, mais la mission est belle. Espérons que les acteurs politiques relèvent ce défi avec responsabilité.

Nicolas B. BERNARD

Référendaire à la Cour constitutionnelle¹⁵⁶

Assistant en droit administratif à l'Université Saint-Louis - Bruxelles (CIRC)
Collaborateur scientifique à l'UCLouvain (CRECO)

(142) En ce qui concerne le Grand-Duché, il faut toutefois souligner que le PIB par habitant tourne autour des 100.000 EUR, contre 40.000 EUR pour la Belgique, de sorte que la dernière place de cet État est à relativiser fortement.

(143) Ce chiffre est toutefois une estimation : voy. OTAN, *Les dépenses de défense des pays de l'OTAN (2014-2021)*, communiqué de presse (2021)094, 11 juin 2021, p. 3.

(144) Voy. A. CLEVERS, « Ludivine Dedonder annonce un accord sur l'augmentation du budget de la Défense », *La Libre*, 21 janvier 2022, www.lalibre.be ; F. DELEPIERRE, « Défense : des milliards en plus pour l'armée belge qui va pouvoir se moderniser », *Le Soir*, 27 janvier 2022, www.lesoir.be.

(145) Soit les articles 10, alinéa 2, 91, alinéa 2, 107, 114, 157, alinéa 1^{er}, 167, § 1^{er}, alinéa 2, 182,

183, 185, 186 et 196 de la Constitution.

(146) Il s'agit de l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution (révision du 5 mai 1993, *M.B.*, 8 mai 1993, err. *M.B.*, 20 août 1993.) et de l'article 157, alinéa 1^{er}, de la Constitution (révision du 17 décembre 2002, *M.B.*, 31 janvier 2003).

(147) *M.B.*, 17 février 1994. Il s'agit des articles 183 et 196 de la Constitution.

(148) *Doc parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 100-16/2, p. 2.

(149) La référence à l'« état de guerre » dans l'article 157 de la Constitution date de la réforme constitutionnelle du 17 décembre 2002 (*M.B.*, 31 janvier 2003) et est partant postérieure à la réforme de l'article 167 de la Constitution.

(150) Aujourd'hui dénommée « Constitution et renouveau institutionnel ».

(151) Voy. N. LAGASSE, « Les missions de la Défense sur le territoire national », *op. cit.*, pp. 143 et s.

(152) ministère des Armées, « Code de la Défense », 29 juin 2010, www.defense.gouv.fr. Cette préoccupation vaut aussi pour le droit belge de la Défense, réglé en partie par des textes anciens et complètement anachroniques. Outre le décret des 8 et 10 juillet 1791 précité, voy. aussi la loi du 12 mai 1927 sur les réquisitions militaires (*M.B.*, 25 mai 1927), dont l'article 8 précise que parmi les biens qui ne peuvent faire l'objet d'une réquisition, on retrouve certains chevaux et mulets, ou encore l'article 47 du Code pénal militaire (*M.B.*, 4 juin 1870), qui prévoit une peine spécifique à l'encontre du militaire qui aurait déserté en emportant son cheval.

(153) Voy., dans le même sens, H. PAQUAY et N. LAGASSE, « La force

juste et la juste force. Réflexions sur l'usage de la contrainte par les forces armées : état du droit et mise en perspective à la lumière de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Nouvelles missions de la Défense : quel cadre juridique ?*, pp. 201 et s.

(154) Comité R, rapport précité du 1^{er} juillet 2021, p. 50. C'est le Comité R qui souligne.

(155) Rapport précité de la Commission européenne pour la démocratie par le droit des 14-15 mars 2008, § 401.

(156) L'auteur s'exprime à titre personnel. Il tient par ailleurs à remercier chaleureusement et amicalement Mathieu Fontaine et Nicolas Lagasse pour leur relecture et leurs précieuses observations.