ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi le 24 mai 1972 par le Ministre de la Justice, d'une demande d'avis sur un projet de loi "mettant en vigueur les modifications de l'article 104 de la Constitution", et le 8 juin 1972 d'une lettre par laquelle le Ministre demande l'urgence en application de l'article 45 de la loi du 23 décembre 1946, a donné le 9 juin 1972 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, de 24e mei 1972 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot inwerkingstelling van de wijzigingen van artikel 104 van de Grondwet", en bij brief van 8 juni 1972 verzocht om spoedadvies bij toepassing van artikel 45 van de wet van 23 december 1946, heeft de 9e juni 1972 het volgend advies gegeven :

Le projet de loi a pour objet l'exécution de l'article 104 nouveau de la Constitution qui a substitué aux trois cours d'appel existantes, dont le ressort et les lieux où elles sont établies étaient fixés par la loi, cinq cours d'appel dont elle détermine à la fois le siège et le ressort. Une disposition transitoire de cet article dispose qu'une loi déterminera la date de son entrée en vigueur et réglera son exécution.

Le vote de cette disposition transitoire, immédiatement après celui de la disposition permanente de l'article 104 montre, par le caractère exceptionnel de cette habilitation, la volonté du Constituant de donner temporairement au législateur le pouvoir de déroger à la Constitution dans la mesure où c'est indispensable pour l'exécution de l'article 104.

En effet, si on n'admettait pas cette interprétation, une telle habilitation serait dépourvue de toute portée puisque le législateur n'a besoin d'aucune habilitation spéciale pour exercer ses attributions normales.

Toutefois, en vertu des principes généraux, le pouvoir conféré au législateur par l'article 104 doit être interprété restrictivement et se limiter aux dérogations indispensables à l'exécution de cet article.

OBSERVATIONS GENERALES.

L'article 6, alinéa 1er, du projet prévoit que "Pour les premières nominations aux fonctions de conseiller respectivement à la Cour d'appel d'Anvers et à la Cour d'appel de Mons, les nominations sont faites sur deux listes doubles présentées, d'une part par les ministres réunis en conseil et, d'autre part, par les conseils provinciaux".

.../...

Cette disposition déroge à l'article 99, alinéa 2, de la Constitution, en vertu duquel les conseillers des cours d'appel sont nommés par le Roi, "sur deux listes doubles présentées l'une par les cours, l'autre par les conseils provinciaux".

La création même de nouvelles cours d'appel implique que les premiers conseillers qui y seront nommés devront l'être sans avoir fait l'objet d'une présentation de la part de ces cours qu'ils sont précisément appelés à constituer.

Dès lors, le législateur, outre qu'il a été expressément chargé par la disposition constitutionnelle du 11 juin 1970 de régler l'exécution de l'article 104, peut de toute façon déroger temporairement à l'article 99, alinéa 2, puisque cette dérogation résulte implicitement mais nécessairement dudit article 104.

Toutefois, cette dérogation ne se justifie que pour autant qu'elle soit nécessaire à l'exécution de l'article 104, Le projet ne peut donc s'écarter du prescrit de l'article 99 que dans les limites de cette nécessité et doit respecter pour le surplus l'esprit et l'économie générale du système constitutionnel en cette matière.

A cet égard, des objections peuvent être formulées à l'encontre de l'article 6 du projet en ce qu'il écarte toute présentation des candidats par les autorités judiciaires pour la remplacer par une présentation par "les ministres réunis en conseil".

.../...

L'intervention des corps judiciaires dans la procédure de nomination des magistrats de la Cour de cassation et des cours d'appel ainsi que des présidents et vice-présidents des tribunaux de première instance a été prévue par le Constituant pour diverses raisons parmi lesquelles on a cité, outre la garantie des qualifications professionnelles, le désir d'atténuer, dans le cours de la carrière du magistrat, le danger des pressions de l'Exécutif ; elle apparaît de toute façon comme un des éléments de ce que M.Wigny a qualifié de "système fort équilibré" où sont combinés "les avantages de la nomination par l'Exécutif, de la cooptation par le pouvoir judiciaire et l'influence des assemblées élues : Sénat et conseils provinciaux" (Wigny, Droit constitutionnel, 1950, t. II, n° 579).

L'article 6 du projet rompt cet équilibre en supprimant l'intervention des autorités judiciaires. Il s'écarte davantage encore du système constitutionnel en chargeant les Ministres réunis en conseil de présenter une liste de candidats.

Cette intervention du conseil des ministres est de nature à fausser le mécanisme même de la procédure de nomination. Si, dans le système de l'article 99, on peut considérer que le Roi a la faculté de choisir parmi les candidats proposés tant par le corps judiciaire que par l'assemblée politique, cette liberté de choix se conçoit difficilement lorsqu'une des autorités qui présente participe à la décision.

.../...

C'est le cas pour le Ministre de la Justice, dont on comprendrait mal par ailleurs qu'il pût proposer au Roi de s'écarter du choix préalable qui aurait été fait par un conseil des ministres auquel il appartient.

Dans le système en projet, la présentation par le conseil provincial risque de ne revêtir qu'un caractère purement symbolique.

Il n'est pas impossible de concilier les exigences de la mise en place des nouvelles cours d'appel avec le respect non du texte de l'article 99, mais des principes qu'il consacre. Une solution pourrait notamment consister à confier à la Cour de cassation la charge que l'article 6 du projet attribue au conseil des ministres.

Il résulte des explications données au Conseil d'Etat que, par les mots "pour les premières nominations", le projet entend prévoir la procédure exceptionnelle de nomination jusqu'à ce que le nombre des conseillers en fonctions dans les nouvelles cours, qu'il s'agisse de conseillers nommés ou de conseillers délégués, corresponde aux cadres établis par l'article 4 du projet.

Il y aurait lieu de le préciser dans l'exposé des motifs.

*

* *

L'article 10 du projet prévoit que, dans l'hypothèse où à la Cour d'appel et à la Cour du travail de Bruxelles et à celles de Liège le nombre des magistrats restant en

.../...

fonction serait supérieur au nouveau cadre fixé par le projet, le Roi pourra déléguer dans les cours d'Anvers et de Mons un nombre de magistrats égal à celui des magistrats en surnombre.

Cette disposition doit être examinée eu égard à l'article 100, alinéa 3, de la Constitution, lequel dispose : "Le déplacement d'un juge ne peut avoir lieu que par une nomination nouvelle et de son consentement".

Le système prévu par le projet résout le problème de l'affectation, aux nouvelles cours d'appel, des magistrats qui seraient en surnombre dans les cours existantes, par un système de délégation temporaire pour un terme limité à la résorption du surnombre, délégation qui ne se fera pas nécessairement avec l'accord du magistrat intéressé.

La question se pose, dès lors, de savoir si la délégation faite dans ces conditions ne constitue pas un déplacement au sens de l'article 100 de la Constitution.

Le Conseil d'Etat observe à cet égard que le magistrat délégué dans les circonstances prévues par le projet reste membre de la Cour dont il fait partie et y conserve tous ses droits.

Par ailleurs, il exercera provisoirement ses fonctions dans une partie du ressort qui était, avant la réforme, celui de la cour dont il faisait partie.

.../...

En conséquence, le Conseil d'Etat estime que les délégations faites dans ces conditions ne constituent pas un déplacement.

Au surplus, il n'est pas porté atteinte à la ratio legis de l'article 100 de la Constitution, ni aux principes que cet article consacre : d'une part l'indépendance du magistrat et l'absence de toute possibilité de pression sur le juge et, d'autre part, la protection des justiciables en faisant obstacle à la désignation ou à l'éloignement arbitraire du juge chargé de statuer sur leurs litiges.

Le respect de ces principes est sauvegardé dans le projet par l'établissement de critères objectifs réglant l'affectation des magistrats.

Il ressort de ce qui précède que, non seulement la lettre mais l'esprit de l'article 100, alinéa 3, et le but qu'il poursuit sont respectés par l'article 10 du projet, étant donné que le système de délégation qu'il prévoit ne laisse pas de place à une intervention ou à un choix possible tant des autorités judiciaires que du Gouvernement.

Toutefois, dans la disposition de l'alinéa 1er de l'article 10, l'emploi du mot "peut" est susceptible de se prêter à des interprétations différentes. Dans la mesure où ce mot signifie que la loi habilite le Roi à procéder

.../...

aux délégations prévues sans qu'Il puisse décider de leur opportunité, le système n'appelle pas de critique. Pour éviter toute erreur d'interprétation sur ce point, il y a lieu de remplacer les mots "peut déléguer" par le mot "délègue".

*
* *

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Le projet appelle, en outre, les observations de forme suivantes :

Intitulé.

L'intitulé pourrait être rédigé comme suit :
"Projet de loi relative à l'entrée en vigueur et à l'exécution de l'article 104 de la Constitution".

Dispositif.

Article 1er.

L'article 1er pourrait être rédigé comme suit :

"Article 1er.-

L'article 104 de la Constitution, remplacé par la disposition constitutionnelle du 11 juin 1970, entre en vigueur le 1er septembre 1973".

.../...

Article 3.

L'article 5 de l'annexe au Code judiciaire, faisant l'objet de l'article 3, du projet serait mieux rédigé comme suit :

"Article 5.

Conformément à l'article 104 de la Constitution, le nombre et le ressort des Cours d'appel est fixé comme suit : ... (comme au projet)".

Article 4.

Le liminaire devrait se borner à indiquer les seules modifications du tableau encore en vigueur. Le texte suivant est proposé :

"Article 4.

Le tableau figurant à l'article 1er de la loi du 3 avril 1953 d'organisation judiciaire, modifié par les lois des 27 mai 1957, 20 avril 1959, 24 décembre 1965, 7 juillet 1967 et 10 novembre 1970, est remplacé par le tableau suivant : ...".

Article 6.

L'alinéa 2 est superflu; il reprend inutilement l'article 99, alinéa 6, de la Constitution.

Article 7.

Par souci d'uniformité avec l'article 289 du Code judiciaire, les mots "le serment constitutionnel" doivent être remplacés par "le serment prescrit par le décret du 20 juillet 1831".

.../...

Article 8.

A l'alinéa 1er, il convient d'écrire dans le texte français "sur ordonnance".

Article 10.

Il n'y a pas de parfaite concordance entre le texte français et le texte néerlandais.

Article 12.

Le texte français de cet article doit être complété pour le mettre en concordance avec le texte néerlandais.

Article 13.

Le liminaire serait mieux rédigé comme suit :

"Article 13.

Dans l'article 43bis, inséré par la loi du 10 octobre 1967 dans la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, les §§ 1er et 2 sont remplacés par les dispositions suivantes :

§ 1er ...

§ 2 ... ".

Article 14.

Le liminaire serait mieux rédigé comme suit :

"Article 14.

Dans l'article 43ter, inséré par la loi du 10 octobre 1967 dans la même loi, les §§ 1er et 2 sont remplacés par les dispositions suivantes :

"§ 1er ...

§ 2 ...".

Article 15.

Il convient d'écrire : "§ 1er" et non "§ 1".

JN.

L.11.654/2.

LEGISLATIEVE - WETGEVING
11 02. 1974
Coordination

Note rectificative.

Dans l'avis L.11.654/2, page 9, il y a lieu de lire, à l'article 5 :

"Conformément à l'article 104 de la Constitution ..." au lieu de

"Conformément à l'article 100 de la Constitution ...".

Het wetsontwerp strekt tot uitvoering van het nieuwe artikel 104 van de Grondwet, hetwelk vijf hoven van beroep met daarin omschreven zetel en rechtsgebied, in de plaats doet komen voor de drie bestaande hoven van beroep waarvan rechtsgebied en plaats van vestiging bepaald waren door de wet. Een overgangsbepaling op dat artikel stelt dat een wet de dag van inwerkingtreding bepaalt en de uitvoering ervan regelt.

De omstandigheid dat die overgangsbepaling dadelijk na de blijvende bepaling van artikel 104 is aangenomen, toont, door het uitzonderlijke van die bevoegdverklaring aan, dat de Grondwetgever de wetgever tijdelijk bevoegd heeft willen maken om van de Grondwet af te wijken in de mate waarin dat voor de uitvoering van artikel 104 onmisbaar is.

Als men die uitlegging niet aanneemt, heeft een dergelijke bevoegdverklaring inderdaad geen zin, want voor het uitoefenen van zijn normale macht heeft de wetgever geen behoefte aan een bijzondere bevoegdverklaring.

Krachtens de algemene beginselen moet de door artikel 104 aan de wetgever opgedragen macht echter in enge zin worden uitgelegd en beperkt blijven tot die afwijkingen welke voor de uitvoering van dat artikel niet gemist kunnen worden.

.../...

ALGEMENE OPMERKINGEN.

Artikel 6, eerste lid, van de ontwerpwet stelt : "Voor de eerste benoemingen tot het ambt van raadsheer respectievelijk in het Hof van beroep te Antwerpen en in het Hof van beroep te Bergen, worden de benoemingen gedaan uit twee dubbeltallen waarvan het ene wordt voorgedragen door de in raad vergaderde ministers en het andere door de provincieraden".

Die bepaling wijkt af van artikel 99, tweede lid, van de Grondwet, krachtens hetwelk de raadsleden in de hoven van beroep door de Koning benoemd worden "uit twee lijsten van twee kandidaten, de ene door die hoven, de andere door de provincieraden voorgelegd".

De oprichting van nieuwe hoven van beroep houdt in zich dat de eerste benoemingen van raadsheren zullen plaats hebben buiten enige voordracht van die hoven, die juist door hen samengesteld moeten worden.

Behalve dat de grondwetsbepaling van 11 juni 1970 hem uitdrukkelijk gelast de uitvoering van artikel 104 te regelen, kan de wetgever dus hoe dan ook tijdelijk van artikel 99, tweede lid, afwijken, want die afwijking ligt impliciet maar uiteraard besloten in dat artikel 104.

Die afwijking is nochtans slechts te verantwoorden in de mate waarin zij voor de uitvoering van artikel 104 noodzakelijk is. Van het voorschrift van artikel 99 mag dus in het ontwerp slechts binnen de grenzen van die noodzaak afgeweken worden, met ontzien van de geest en de algemene opzet van het grondwettelijk bestel in dezen.

.../...

Wat dat betreft kunnen bezwaren worden ingebracht tegen artikel 6 van het ontwerp doordat het de voordracht van kandidaten door de gerechtelijke overheid vervangt door een voordracht uitgaande van "de in raad vergaderde ministers".

De bemoeiing van gerechtelijke lichamen in de benoemingsprocedure voor magistraten in het Hof van cassatie en in de hoven van beroep en ook voor de voorzitters en ondervoorzitters van rechtbanken van eerste aanleg is door de Grondwetgever uitgedacht uit allerlei overwegingen, met name om beroepsbekwaamheden te waarborgen, om in de loopbaan van de magistraat het gevaar voor druk vanwege de uitvoerende macht af te zwakken ; zij doet zich in ieder geval voor als een van de factoren van wat P.Wigny een "système fort équilibré" heeft genoemd en waarin samen moeten gaan "les avantages de la nomination par l'Exécutif, de la cooptation par le pouvoir judiciaire et l'influence des assemblées élues : Sénat et conseils provinciaux" (Wigny, Droit constitutionnel, 1950, D. II, nr. 579).

Door de gerechtelijke autoriteiten uit te schakelen verbreekt artikel 6 van het ontwerp dat evenwicht. Het neemt nog meer afstand van het grondwettelijk systeem door de in raad vergaderde ministers een kandidatenlijst te laten voordragen.

Door dat optreden van de ministerraad dreigt het raderwerk zelf van de benoemingsprocedure ontwricht te raken. Kan in het systeem van artikel 99 aangenomen worden dat de Koning de vrijheid heeft te kiezen uit kandidaten die zowel door het gerechtelijk Korps als door de politieke vergadering zijn voorgedragen, die keuzevrijheid gaat bezwaarlijk op als één van de voordragende autoriteiten mede beslissend wordt.

.../...

Dit is met name zo voor de Minister van Justitie, van wie het haast ondenkbaar is dat hij de Koning zou voorstellen af te wijken van de keuze die gemaakt zou zijn door een ministerraad waartoe hij zelf behoort.

In het ontworpen systeem dreigt de voordracht door de provincieraad ter nauwernood symbolisch te zijn.

Nu is het niet onmogelijk de eisen van de opstelling van de nieuwe hoven van beroep te verzoenen met de eerbiediging, zij het niet van de tekst van artikel 90, dan toch met de daarin gehuldigde beginselen. Een oplossing kan bijvoorbeeld zijn, de taak waarmee artikel 6 van het ontwerp de ministerraad belast, op te dragen aan het Hof van cassatie.

Uit de uitleg die aan de Raad van State is verstrekt, blijkt dat onder de woorden "voor de eerste benoemingen" verstaan wordt de uitzonderingsprocedure die inzake benoemingen gevolgd zou worden totdat er in de nieuwe hoven evenveel raadsheren, benoemde of gedelegeerde, werkzaam zullen zijn als er plaatsen voorkomen in de formatie vastgesteld in artikel 4 van het ontwerp.

Dit zou met zoveel woorden in de memorie van toelichting moeten staan.

*
* *

.../..

Artikel 10 van het ontwerp bepaalt dat indien er bij het Hof van beroep en bij het Arbeidshof te Brussel en te Luik meer magistraten in functie blijven dan er plaatsen zijn op de nieuwe, in het ontwerp vastgestelde formatie, de Koning in de hoven te Antwerpen en te Bergen evenveel magistraten mag delegeren als er magistraten in overtal zijn.

Deze bepaling moet getoetst worden van artikel 100, derde lid, van de Grondwet : "De overplaatsing van een rechter kan niet geschieden dan door een nieuwe benoeming en met zijn toestemming".

Het ontworpen systeem lost de aanwijzing voor de nieuwe hoven van beroep van magistraten die in de bestaande hoven in overtal mochten zijn, op door delegatie voor een tijd die beperkt is tot het wegwerken van het overtal, een delegatie die niet noodzakelijk zal plaatshebben met toestemming van de betrokken magistraat.

De vraag is dan ook, of delegatie in dergelijke omstandigheden geen "overplaatsing" is in de zin van artikel 100 van de Grondwet.

De Raad van State merkt wat dat betreft op dat een onder die gegeven omstandigheden gedelegeerd magistraat, lid blijft van het hof waar hij deel van uitmaakt en er al zijn rechtèn bewaart.

Voorts zal hij zijn ambt tijdelijk waarnemen in een deel van het rechtsgebied dat vóór de hervorming dat was van het hof waartoe hij behoorde.

.../...

Dergelijke delegaties zijn dan ook naar 's Raads gevoelen geen "overplaatsing".

Bovendien wordt geen afbreuk gedaan aan de ratio legis van artikel 100 van de Grondwet en ook niet aan de in dat artikel gehuldigde beginselen, met name, aan de ene kant, de onafhankelijkheid van de magistraten en de afwezigheid van iedere mogelijkheid om druk op hen uit te oefenen, aan de andere kant, de bescherming van de rechtzoekenden door het verhinderen van willekeurige aanstelling of verwijdering van de rechters die hun geschillen moeten beslechten.

Het ontwerp stelt de eerbiediging van die beginselen veilig waar het voor de dienstaanwijzing van magistraten objectieve maatstaven aanlegt.

Uit het voorgaande blijkt dat artikel 10 van het ontwerp niet enkel de letter maar ook de geest en het doel van artikel 100, derde lid, eerbiedigt : het voorgenomen stelsel van delegaties laat immers geen ruimte voor enige bemoeiing of keuze noch vanwege de gerechtelijke overheden noch van Regeringszijde.

Het woord "kan" in het eerste lid van artikel 10 is echter vatbaar voor verschillende interpretaties. Als daarmee bedoeld wordt dat de wet aan de Koning bevoegdheid verleent om de in uitzicht gestelde delegaties te verrichten zonder dat Hij over de wenselijkheid daarvan vermag te beslissen, is op het systeem niets aan te merken.

.../...

Om verkeerde interpretaties te voorkomen, vervange men "kan opdracht geven" door "geeft opdracht".

*
* *

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Bij het ontwerp zijn bovendien de volgende vorm-opmerkingen te maken :

Opschrift.

Men leze het opschrift als volgt :

"Ontwerp van wet betreffende de inwerkingtreding en de uitvoering van artikel 104 van de Grondwet".

Artikelen.

Artikel 1.

Dat artikel kan als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 1.-

Artikel 104 van de Grondwet, vervangen door de grondwettelijke bepaling van 11 juni 1970, treedt in werking op 1 september 1973".

Artikel 3.

De in artikel 3 van het ontwerp voorgestelde nieuwe tekst voor artikel 5 van het bijvoegsel bij het Gerechtelijk Wetboek zou best als volgt beginnen :

.../...

"Artikel 5.-

Het getal en het rechtsgebied van de Hoven van beroep worden overeenkomstig artikel 104 van de Grondwet als volgt bepaald : ... (voorts zoals in het ontwerp)".

Artikel 4.

De inleidende volzin hoeft alleen de nog geldende wijzigingen van de tabel aan te geven. Voorgesteld wordt :

"Artikel 4.-

De tabel die voorkomt in artikel 1 van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting, gewijzigd bij de wetten van 27 mei 1957, 20 april 1959, 24 december 1965, 7 juli 1967 en 10 november 1970, wordt door de volgende tabel vervangen : ...".

Artikel 6.

Het tweede lid is een nodeloze herhaling van artikel 99, zesde lid, van de Grondwet en kan dus vervallen.

Artikel 7.

Ter wille van de overeenstemming met artikel 289 van het Gerechtelijk Wetboek vervange men de woorden "de grondwettelijke eed" door "de bij het decreet van 20 juli 1831 voorgeschreven eed ...".

Artikel 8.

In het eerste lid van de Franse tekst leze men : "sur ordonnance".

.../...

Artikel 10.

Er bestaat geen volledige overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

Artikel 12.

De Franse tekst moet, wil hij in overeenstemming zijn met de Nederlandse, worden aangevuld.

Artikel 13.

De inleidende volzin ware beter als volgt gesteld :

"Artikel 13.-

In artikel 43bis, door de wet van 10 oktober 1967 ingevoegd in de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, worden de §§ 1 en 2 door de volgende bepalingen vervangen :

§ 1 ...
§ 2 ...".

Artikel 14.

De inleidende volzin ware beter als volgt geredigeerd :

"Artikel 14.-

In artikel 43ter, in dezelfde wet ingevoegd door de wet van 10 oktober 1967, worden §§ 1 en 2 door de volgende bepalingen vervangen :

" § 1 ...
§ 2 ...".

Artikel 15.

Men schrijve in het Frans : "§ 1er" en niet "§ 1".

La chambre était composée de

Messieurs : G. HOLOYE, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter,

G. VAN BUNNEN, conseillers d'Etat,
J. MASQUELIN, staatsraden,

Madame : J. TRUYENS, greffier.
Mevrouw : griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. G. VAN BUNNEN.

Le rapport a été présenté par M. H. ROUSSEAU, premier auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. G. VAN BUNNEN.

Het verslag werd uitgebracht door de H. H. ROUSSEAU, eerste auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER, LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. TRUYENS. G. HOLOYE.