



**Avis concernant l'article 20 du
projet de loi "modifiant diverses
dispositions en vue de créer
une assemblée générale des
juges de paix et des juges au
tribunal de police"
(Doc. parl., Chambre, 50, n° 0800/010)**

**Approuvé par la Commission d'avis et d'enquête
réunie lors de sa réunion du 31 janvier 2001**

**Approuvé par l'assemblée générale du Conseil
supérieur de la Justice du 7 février 2001**

1. L'article 20 du projet de loi "modifiant diverses dispositions en vue de créer une assemblée générale des juges de paix et des juges au tribunal de police", insère un article 101bis dans la loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la Justice, la nomination et la désignation de magistrats et instaurant un système d'évaluation, libellé comme suit :

*Les procédures afin de pourvoir aux
vacances de chefs de corps et de mandataire
adjoint, entamées avant le 2 août 2000 et qui
ne sont pas terminées le 1^{er} février 2001 sont
reprises ab initio conformément aux
dispositions du Code judiciaire en vigueur à
ce moment.*

**Advies betreffende het artikel 20 van het
wetsontwerp "tot wijziging van diverse
bepalingen met het oog op de oprichting
van een algemene vergadering van
vrederechters en rechters in de
politierechtbank"
(Parl. St., Kamer, 50, nr. 0800/010).**

**Goedgekeurd door de Verenigde Advies- en
Onderzoekscommissie in zijn vergadering van 31
januari 2001**

**Goedgekeurd door de algemene vergadering van
de Hoge Raad voor de Justitie op 7 februari 2001**

1. Het artikel 20 van het wetsontwerp "tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de oprichting van een algemene vergadering van vrederechters en rechters in de politierechtbank", voegt een artikel 101bis toe aan de wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem, dat luidt als volgt :

*De procedures tot invulling van vacatures
van korpschefs en deze van houder van een
adjunct-mandaat die voor 2 augustus 2000
werden aangevat en die nog niet zijn
afgehandeld op 1 februari 2001 worden ab
initio hernomen overeenkomstig de
bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die
op dat ogenblik van kracht zijn.*

Les nominations ou les désignations sur toutes les places qui étaient vacantes avant le 2 août 2000 et qui sont, à défaut de candidats, à nouveau publiées au Moniteur belge après le 1er février 2001, interviendront conformément aux dispositions du Code judiciaire en vigueur à ce moment.

2. De la technique législative utilisée.

2.1. Il est surprenant de voir le gouvernement introduire un amendement à un projet de loi visant à créer une assemblée générale des juges de paix et des juges au tribunal de police, amendement par lequel il insère une disposition légale qui modifie les mesures transitoires de la loi du 22 décembre 1998 en profondeur ou qui, du moins, bouleverse l'application concrète de ces mesures transitoires (voir infra). Ces deux sujets n'ont aucun point commun.

La question peut se poser de savoir pourquoi cette disposition n'a pas été reprise dans « la loi du 17 juillet 2000 modifiant le Code judiciaire, la loi du 22 décembre 1998 modifiant certaines dispositions de la deuxième partie du Code judiciaire concernant le Conseil supérieur de la Justice, la nomination et la désignation de magistrats et instituant un système d'évaluation et la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire » (Moniteur belge, 1^{er} août 2000, 26343) ou dans la « deuxième loi de réparation » de la loi du 22 décembre 1998, actuellement envisagée.

2.2. L'insertion de l'article 101bis a pour conséquence que les nominations et désignations visées devront avoir lieu sur présentation par le Conseil supérieur de la Justice. L'intervention de ce dernier est donc étendue à un grand nombre de nominations et de désignations.

Cependant, le ministre de la Justice n'a apparemment pas jugé utile de recueillir au préalable l'avis du Conseil supérieur de la Justice, conformément à l'article 259bis-12 du Code judiciaire, de sorte que la commission d'avis et d'enquête du Conseil supérieur (CAER) a estimé devoir se saisir d'office de la question et rendre un avis.

Voor alle plaatsen die vacant waren voor 2 augustus 2000 en die bij gebrek aan kandidaten na 1 februari 2001 opnieuw worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, zal de benoeming op aanwijzing geschieden overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die op dat ogenblik van kracht zijn.

2. Wat betreft de gehanteerde wetgevingstechniek.

2.1. Het is op zijn minst merkwaardig dat de regering middels een amendement op een wetsontwerp dat de oprichting beoogt van een algemene vergadering van vrederechters en rechters in de politierechtbank, een wetsbepaling invoert die de overgangsmatregelen van de wet van 22 december 1998 in aanzienlijke mate wijzigt of minstens de concrete toepassing van deze overgangsmatregelen omgooit (zie hierover verder). Beide onderwerpen hebben helemaal geen uitstaans met elkaar.

Men kan zich de vraag stellen waarom deze bepaling niet werd opgenomen in de "wet van 17 juli 2000 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, van de wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem en van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken" (Belgisch Staatsblad, 1 augustus 2000, 26343) of in de geplande "tweede reparatiewet" van de wet van 22 december 1998.

2.2. Het ingevoerde artikel 101bis, heeft voor gevolg dat de bedoelde benoemingen en aanwijzingen zullen dienen te gebeuren na voordracht door de Hoge Raad voor de Justitie. De tussenkomst van deze laatste wordt dan ook uitgebreid tot een groot aantal benoemingen en aanwijzingen.

Desondanks heeft de Minister van Justitie het blijkbaar niet nuttig gevonden voorafgaandelijk het advies in te winnen van de Hoge Raad voor de Justitie overeenkomstig artikel 259bis-12 van het Gerechtelijk Wetboek, zodat de verenigde advies- en onderzoekscommissie van de Hoge Raad (VAOC) geoordeeld heeft ambtshalve een advies te moeten uitbrengen.

2.3. La terminologie du texte proposé manque de clarté et s'écarte parfois de la terminologie utilisée dans la loi du 22 décembre 1998. En voici quelques exemples non exhaustifs :

2.3.1. L'article 101bis parle de "entamer" et "terminer" les "procédures afin de pourvoir aux vacances de chefs de corps et de mandataire adjoint".

Qu'entend-on par "entamer"? Est-ce quand un mandat devient vacant (art. 101, L. 22 décembre 1998), quand la vacance est publiée au Moniteur belge ou quand des présentations sont effectuées, conformément à l'article 151 (ancien) de la Constitution ?

Quand une procédure de désignation n'est-elle "pas encore terminée"? Peut-être faut-il l'entendre comme "quand aucune nomination n'est encore intervenue".

2.3.2. Lorsque le législateur opte pour l'utilisation de la terminologie introduite par la loi du 22 décembre 1998 (notamment, « chef de corps », « mandats adjoints »), même quand il est question de vacances devenues vacantes avant l'entrée en vigueur de ladite loi, il doit continuer à l'utiliser de manière cohérente.

Par "procédures afin de pourvoir aux vacances de chefs de corps et de mandataire adjoint" il faut peut-être comprendre les "procédures de désignation aux mandats de chefs de corps ou de mandats adjoints", conformément au titre de la Section II du Chapitre Vter inséré suite à l'article 46, du Code judiciaire et aux articles 259quater et 259quinquies, du Code judiciaire.

2.3.3. Que faut-il entendre par reprendre la procédure "ab initio" ? Faut-il alors procéder à une nouvelle publication de ces "places" vacantes ? Une telle publication semble nécessaire vu que les différents stades de la procédure en dépendent directement (art. 259quater, du Code judiciaire). Soulignons toutefois que la loi du 22 décembre 1998 ne prévoit, par contre, aucune publication pour les mandats adjoints (voir infra, point 4.2.1.).

2.3.4. L'article 101bis, deuxième alinéa, parle de "places" vacantes et non de "mandats" vacants, tandis que plus loin il est question de "nomination ou désignation", alors que le mot "désignation" ne s'applique qu'aux mandats. Rappelons toutefois que la loi du 22 décembre 1998 ne prévoit pas de publication au Moniteur belge pour les mandats adjoints.

2.3. De in de voorgestelde tekst gebruikte terminologie is onduidelijk en wijkt soms af van de terminologie die gebruikt wordt in de wet van 22 december 1998. Hieronder een aantal niet-limitatieve voorbeelden.

2.3.1. In artikel 101bis is sprake van het "aanvatten" en "afhandelen" van "procedures tot invulling van vacatures van korpschef en deze van houder van een adjunct-mandaat".

Wat moet er verstaan worden onder "aanvatten"? Is dat het openvallen van het mandaat zoals vermeld in artikel 101 van de wet van 22 december 1998, of de bekendmaking van de vacature, of de overeenkomstig artikel 151 (oud) Grondwet gedane voordrachten?

Wanneer is een aanwijzingsprocedure "nog niet afgehandeld"? Wellicht wordt er bedoeld "wanneer nog geen benoeming is tussengekomen".

2.3.2. Wanneer de wetgever er voor opteert de terminologie te gebruiken, ingevoerd ingevolge de wet van 22 december 1998 (bv. korpschef, adjunct-mandaat), ook voor vacatures die opengevallen zijn vóór de inwerkingtreding van deze wet, dan moet dat consequent doorgetrokken worden.

Met "procedures van invulling van vacatures van korpschefs en deze van houder van een adjunct-mandaat" worden dan wellicht bedoeld de "procedures van aanwijzing in mandaten van korpschefs of in adjunct-mandaten" overeenkomstig de titel van Afdeling II van het ingevolge artikel 46 in het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde Hoofdstuk Vter en de artikelen 259quater en 259quinquies van het Gerechtelijk Wetboek.

2.3.3. Wat wordt er bedoeld met het hernemen "ab initio" van de procedure? Gaan die vacante "plaatsen" opnieuw bekend gemaakt worden? Dergelijke bekendmaking lijkt noodzakelijk als aanvangsdatum voor de procedure bepaald in artikel 259quater van het Gerechtelijk Wetboek. Wat betreft de adjunct-mandaten is er in de wet van 22 december 1998 evenwel geen bekendmaking voorzien (zie hierna punt 4.2.1.).

2.3.4. In artikel 101bis, tweede lid is sprake van vacante "plaatsen" en niet van "mandaten", terwijl er verder wel sprake is van "benoeming of aanwijzing", terwijl "aanwijzing" alleen slaat op mandaten. Wanneer ook adjunct-mandaten bedoeld worden, voorziet de wet van 22 december 1998 niet in een bekendmaking in het Belgisch Staatsblad.

L'article 101bis ne s'applique probablement qu'aux premières nominations dans la magistrature (voir infra, point 4.2) et il convient alors d'adapter le texte en ce sens.

2.3.5. Quelle est la portée des termes "à défaut de candidats? Est-il ici uniquement question du cas où aucun candidat ne s'est présenté ou s'agit-il plutôt des cas où le nombre de candidats est jugé insuffisant pour faire un choix? (Voir définition du mot "défaut" dans Le Nouveau Petit Robert, 1996: "Absence de ce qui serait nécessaire ou désirable" et la définition de "gebrek aan" dans le dictionnaire van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal, 13^e uitg. : "het niet of niet voldoende aanwezig zijn"). Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir qui va juger du caractère "insuffisant" des candidatures. Il serait peut-être indiqué de parler de "bij afwezigheid van kandidaten" et de "en l'absence de candidats".

3. Des conséquences de l'insertion de l'article 101bis.

3.1. L'application de l'article 101bis provoquera la reprise intégrale de la procédure de nomination et de désignation pour certaines vacances restées longtemps vacantes (par définition, des places vacantes depuis le 2 août 2000 au moins).

L'application de la procédure de nomination visée à l'article 259ter, §1, du Code judiciaire et la procédure de désignation relative aux chefs de corps visée à l'article 259quater du Code judiciaire exige, lorsque tous les délais sont épuisés, 200 voire 240 jours entre la date de publication de la vacance et la nomination ou désignation. Ce dernier délai de 240 jours s'applique lorsqu'il faut recourir à la procédure particulière d'avis de l'article 259ter, §3, du Code judiciaire.

De nombreuses vacances qui sont vacantes depuis déjà un certain temps, le resteront encore plusieurs mois. Il ne faut pas perdre de vue que lorsque l'article 101bis proposé deviendra loi, il faudra commencer par dresser l'inventaire de toutes les nominations et désignations auxquelles il s'applique.

Wellicht heeft artikel 101bis alleen betrekking op eerste benoemingen in de magistratuur (zie hierna punt 4.2) en dan moet de tekst in die zin aangepast worden.

2.3.5. Wat is de draagwijdte van de termen " bij gebrek aan kandidaten? Wordt alleen het geval geïllustreerd waarbij er in het geheel geen kandidaten zijn dan wel ook de gevallen waar er een onvoldoende geacht aantal kandidaten is om een keuze uit te maken? (Zie definitie van "gebrek aan" in van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal, 13^e uitg. : "het niet of niet voldoende aanwezig zijn" en de definitie van "défaut" in Le nouveau petit Robert, 1996: "Absence de ce qui serait nécessaire ou désirable"). In dat laatste geval stelt zich de vraag wie dat "voldoende" gaat beoordelen. Wellicht ware het aangewezen te spreken van "bij afwezigheid van kandidaten" en "en l'absence de candidats".

3. Wat betreft de gevolgen van de invoering van artikel 101bis.

3.1. De toepassing van artikel 101 bis zal voor gevolg hebben dat voor een aantal reeds lang openstaande vacatures (per definitie plaatsen minstens vacant voor 2 augustus 2000), de benoemings- en aanwijzingsprocedure in haar geheel zal moeten overgedaan worden.

De toepassing van de benoemingsprocedure bepaald in artikel 259ter, §1 van het Gerechtelijk Wetboek en de aanwijzingsprocedure met betrekking tot de korpschefs bepaald in artikel 25quater, van het Gerechtelijk Wetboek vergt, wanneer alle termijnen worden uitgeput, tussen het ogenblik van de bekendmaking van de vacature en de benoeming of aanwijzing 200 dan wel 240 dagen. Dit laatste is het geval wanneer de bijzondere adviesprocedure van artikel 259ter, §3, van het Gerechtelijk Wetboek moet toegepast worden.

Heel wat vacatures die reeds geruime tijd open staan, gaan nog gedurende verschillende maanden niet ingevuld worden. Men mag niet uit het oog verliezen dat wanneer het voorgestelde artikel 101bis wet zou worden, er eerst een inventaris zal moeten gemaakt worden van alle benoemingen en aanwijzingen waarop het van toepassing is en dat

Ensuite, une nouvelle publication au Moniteur belge s'avèrera nécessaire. En effet, tant la procédure de nomination prévue à l'article 259ter, du Code judiciaire que la procédure de désignation visée à l'article 259quater, du Code judiciaire sont initiées dès publication de la vacance au Moniteur belge.

Continuer de remettre les nominations aux places qui sont vacantes depuis déjà un certain temps n'est certainement pas un moyen efficace de remédier au problème de l'arriéré judiciaire. Quand il s'agit d'un mandat de chef de corps, il n'est certainement pas souhaitable, pour le bon fonctionnement de la juridiction ou du corps concerné, que la désignation se fasse attendre longtemps. Dans certains cas, la situation qui en découle s'avère inquiétante. Liège le vit actuellement. La vacance du mandat de chef de corps du Tribunal de Première Instance de Liège a été publiée au Moniteur belge du 20 septembre 1999. Le chef de corps a été nommé, sur présentation par le Conseil provincial de la province de Liège, par arrêté royal du 30 décembre 1999. Cette nomination a été annulée par arrêt du Conseil d'Etat du 6 mai 2000. Dans l'hypothèse où l'article 101bis devient loi, la nouvelle vacance de ce mandat devra être publiée et il faudra encore attendre 200 jours avant de pouvoir procéder à une désignation. En fin de compte, le Tribunal de Première Instance de Liège se sera retrouvé deux ans sans chef de corps !

Dans le cas de la désignation de mandats adjoints, l'application de l'article 101bis proposé posera moins de problèmes puisque l'article 259quinquies, du Code judiciaire prévoit une procédure de désignation assez souple.

3.2. L'application, en vertu de l'article 101bis, des procédures de nomination et de désignation "conformément aux dispositions du Code judiciaire en vigueur à ce moment", à savoir les procédures visées aux articles 259ter, 259quater et 259quinquies, du Code judiciaire, a nécessairement pour conséquence l'application des conditions de nomination modifiées par la loi du 22 décembre 1998.

vervolgens een nieuwe bekendmaking in het Belgisch Staatsblad noodzakelijk zal zijn. Immers zowel de benoemingsprocedure van artikel 259ter van het Gerechtelijk Wetboek, als de aanwijzingsprocedure van artikel 259quater van het Gerechtelijk Wetboek hebben als vertrekpunt de bekendmaking van de vacature in het Belgisch Staatsblad.

Het nog langer uitblijven van benoemingen voor reeds lang open staande plaatsen is zeker niet van aard om het nijpend probleem van de gerechtelijke achterstand op te lossen. Wanneer het een mandaat van korpschef betreft, is het zeker niet gewenst, gelet op de goede werking van het betrokken rechtscollege of korps, dat de aanwijzing lang op zich laat wachten. In bepaalde gevallen is de aldus geschapen toestand verontrustend. Getuige hiervan de toestand te Luik. De vacature van het mandaat van korpschef van de rechtbank van eerste aanleg te Luik werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 20 september 1999. De korpschef werd benoemd, na voordracht door de Provincieraad van de provincie Luik, bij koninklijk besluit van 30 december 1999. Deze benoeming werd vernietigd bij arrest van de Raad van State van 6 maart 2000. Nadat het artikel 101bis wet zou zijn geworden en een nieuwe vacature van dit mandaat bekend wordt gemaakt, zal slechts 200 dagen later een benoeming kunnen plaatsvinden. Het laat zich aanzien dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik het aldus gedurende twee jaar zonder effectieve korpschef zal moeten stellen!

Voor wat betreft de aanwijzing van de adjunct-mandaten zal de toepassing van het geplande artikel 101bis minder problemen stellen gelet op de soepele aanwijzingsprocedure bepaald in artikel 259quinquies van het Gerechtelijk Wetboek.

3.2. De toepassing krachtens het geplande artikel 101bis van de benoemings- en aanwijzingsprocedures "overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die op dat ogenblik van kracht zijn", te weten de procedures bepaald in de artikelen 259ter, 259quater en 259quinquies van het Gerechtelijk Wetboek, heeft vanzelfsprekend voor gevolg dat ook de ingevolge de wet van 22 december 1998 gewijzigde benoemingsvoorwaarden van toepassing zijn.

Le texte proposé de l'article 101bis, alinéa premier, est ambigu, dans la mesure où il ne mentionne que " les procédures afin de pourvoir ...", sans même parler des conditions de nomination applicables. Le législateur se doit de clarifier ce point.

Exception faite des stagiaires judiciaires, les candidats à une nomination ou une désignation doivent, en principe, remplir les conditions de nomination ou de désignation au moment de leur candidature. A cela s'ajoute le fait qu'au moment de sa désignation à un mandat de chef de corps, conformément à l'article 259quater, §3, deuxième alinéa, 3° du Code judiciaire, le candidat doit être éloigné d'au moins cinq ans de la limite d'âge visée à l'article 383, §1, du même code (application réduite à trois ans par l'article 103 de la Loi du 22 décembre 1998).

Dans le prolongement de ce qui précède, on ne peut pas éviter que des personnes qui s'étaient portées candidates dans le cadre d'une nomination ou d'une désignation à une fonction déclarée vacante avant le 1er août 2000 et qui, au moment de leur candidature, satisfaisaient aux conditions de nomination légales, ne remplissent plus les nouvelles conditions de nomination et de désignation lorsque cette même vacance est republiée.

Une désignation sous la nouvelle procédure peut également entraîner d'autres effets juridiques désavantageux au niveau, entre autres, de la durée du mandat pour le candidat choisi.

Cela crée évidemment une situation inique à l'égard des candidats qui ont introduit leur candidature de manière tout à fait régulière et qui, au cours de la procédure de nomination ou de désignation, voient subitement les règles du jeu se retourner contre eux pour des raisons qui leur sont totalement étrangères. Le présent texte est, dès lors, de nature à créer une réelle situation d'inégalité entre les candidats, de sorte qu'il fera éventuellement l'objet d'un recours auprès de la Cour d'arbitrage.

Il n'est guère exclu que dans des cas bien spécifiques, les candidats exclus invoquent la responsabilité civile du législateur devant les cours et tribunaux.

Waar de voorgestelde tekst van artikel 101bis, eerste lid, alleen gewag maakt van " de procedures tot invulling..", zonder te spreken van de toepasselijke benoemingsvoorwaarden, is hij dubbelzinnig. De wetgever moet daarom trent klaarheid scheppen.

Met uitzondering van de gerechtelijk stagiairs, moeten de kandidaten voor een benoeming of voor een aanwijzing in beginsel voldoen aan de benoemings- of aanwijzingsvoorwaarden op het ogenblik van hun kandidaatstelling. Daarbij komt nog dat een kandidaat voor de aanwijzing in een mandaat van korpschef, overeenkomstig artikel 259quater, §3, tweede lid, 3° van het Gerechtelijk Wetboek, op het ogenblik van zijn aanwijzing ten minste vijf jaar verwijderd moet zijn van de leeftijdsgrens bedoeld in artikel 383, §1, van hetzelfde wetboek (toepassing getemperd tot drie jaar ingevolge artikel 103 van de Wet van 22 december 1998) .

Rekening gehouden met wat voorafgaat is het onvermijdelijk dat personen, die zich kandidaat hadden gesteld voor een bepaalde benoeming of aanwijzing voor een functie vacant verklaard vóór 1 augustus 2000, en die op het ogenblik van hun kandidaatstelling aan de wettelijke benoemingsvoorwaarden voldeden, niet meer aan de nieuwe benoemings- en aanwijzingsvoorwaarden zullen voldoen wanneer dezelfde vacature opnieuw wordt bekendgemaakt.

Een aanwijzing onder de nieuwe procedure kan ook andere en nadelige rechtsgevolgen teweegbrengen wat betreft o.a. de duur van het mandaat voor de aangewezen kandidaat.

Dit scheidt ongetwijfeld een erg onbillijke toestand ten aanzien van kandidaten die volkomen regelmatig hun kandidatuur hebben ingediend en, in de loop van de hangende benoemingsprocedure, plots de regels van het spel in hun nadeel gewijzigd zien om redenen waaraan zij volkomen vreemd zijn. De voorliggende tekst is dan ook van aard een wezenlijke ongelijkheid tussen de kandidaten in het leven te roepen, zodat hij mogelijks het voorwerp zal kunnen uitmaken van een verhaal bij het Arbitragehof.

Het is zelfs niet uitgesloten dat in specifieke gevallen, de uitgesloten kandidaat de burgerlijke aansprakelijkheid van de wetgever zou inroepen.

4. Quant au fond.

4.1. L'article 101bis, premier alinéa, tente de régler le sort des mandats de chefs de corps et des mandats adjoints devenus vacants avant le 2 août 2000, mais dont la procédure de nomination n'est, à ce jour, pas encore terminée.

Les travaux préparatoires ne précisent pas pourquoi la solution proposée n'est pas étendue, d'une part, aux premières nominations dans la magistrature et, d'autre part, à tous les mandats, y compris les mandats spécifiques.

4.1.1. Constitutionnalité

La disposition légale proposée donne en fait un effet rétroactif aux dispositions relatives à la nomination et à la désignation à des mandats, telles qu'insérées dans le Code judiciaire par la loi du 22 décembre 1998, et ce sans aucune limitation dans le temps.

Cela suscite inmanquablement la question de savoir si le texte proposé est conciliable avec les dispositions transitoires de l'article 151 de la Constitution, prévues par la modification de la Constitution du 20 novembre 1998 (Moniteur belge, 24 novembre 1998, erratum du 24 février 1999). Le législateur ne peut, par une simple loi, modifier l'application dans le temps d'une disposition constitutionnelle.

Suite aux dispositions transitoires mentionnées ci-dessus, l'article 151 (ancien) de la Constitution est applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2000. L'article 101bis ne peut donc pas s'appliquer à une vacance devenue vacante avant ladite date.

4.1.2. Il convient ensuite de faire la différence selon que la nomination (actuellement désignation) à la fonction devait se dérouler ou non sous l'ancien système conformément à l'article 151 (ancien) de la Constitution, sur présentation de deux listes doubles.

Dans les cas où l'article 151 (ancien) ainsi que les mesures transitoires de l'article 151 (nouveau) de la Constitution prévoient la présentation préalable de candidats et que ces présentations ont effectivement eu lieu, le législateur ne peut, par une simple loi, enlever tout effet juridique à ces présentations.

4. Ten gronde.

4.1. Artikel 101bis, eerste lid tracht het lot te regelen van vacatures van mandaten van korpschef en van adjunct-mandaten ontstaan voor 2 augustus 2000, maar waarvan de benoemingsprocedure thans nog niet afgerond is.

Nergens wordt er enige verduidelijking gegeven waarom de voorgestelde regeling niet wordt uitgebreid, enerzijds, tot de eerste benoemingen in de magistratuur en, anderzijds, tot alle mandaten, dus ook de bijzondere mandaten.

4.1.1. Grondwettelijkheid

De voorgestelde wetsbepaling heeft eigenlijk voor gevolg dat er terugwerkende kracht wordt verleend aan de bepalingen in zake benoeming en aanwijzing in mandaten, zoals ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek door de wet van 22 december 1998, dit zonder enige beperking in de tijd.

Dit doet vooreerst ongetwijfeld de vraag rijzen naar de verenigbaarheid van de voorgestelde tekst met de overgangsbepalingen van artikel 151 van de Grondwet, voorzien in de grondwetswijziging van 20 november 1998 (Belgisch Staatsblad, 24 november 1998, met err. op 24 februari 1999). De wetgever kan de door de grondwetgever vastgelegde werking in de tijd niet wijzigen.

Ingevolge vermelde overgangsbepalingen is artikel 151 (oud) van de Grondwet van toepassing tot 1 januari 2000. Artikel 101bis kan dus geen toepassing vinden op een vacature ontstaan voor die datum.

4.1.2. Vervolgens moet er een onderscheid gemaakt worden naargelang onder het oude systeem de benoeming (thans aanwijzing) in de functie overeenkomstig artikel 151 (oud) van de Grondwet al dan niet diende te gebeuren op voordracht uit twee lijsten van twee kandidaten.

In de gevallen waar artikel 151 (oud) én de overgangsmaatregelen van artikel 151 (nieuw) van de Grondwet voorzien in de voorafgaandelijke voordracht van kandidaten en deze voordrachten ook effectief hebben plaatsgevonden, vermag de wetgever niet zonder meer bij wet elk rechtsgevolg aan deze voordrachten te ontnemen.

Ceci se confirme par le fait que, lorsque le Conseil d'Etat annule une nomination intervenue sur présentation, conformément à l'article 151 (ancien) de la Constitution, les conséquences de cette annulation ne s'étendent pas aux présentations de candidats par les institutions mentionnées à l'article précité de la Constitution. Après l'annulation, le Roi est tenu, lors d'une nouvelle nomination, aux deux listes doubles proposées.

Tel que libellé, l'article 101bis, alinéa premier, proposé, est trop général et ne peut donc être maintenu.

4.2. L'article 101bis, deuxième alinéa, vise à régler le sort des vacances devenues vacantes avant le 2 août 2000 mais qui n'ont pas pu être pourvues à défaut de candidats, de sorte qu'une nouvelle publication était ou est nécessaire.

En réalité, ce problème touche exclusivement les premières nominations dans la magistrature et pas les désignations aux mandats de chefs de corps ou aux mandats adjoints.

Le texte proposé parle donc à raison de "places" vacantes et non de "mandats", mais à tort de "nomination ou désignation".

4.2.1. Il convient ici d'attirer plus particulièrement l'attention sur le fait que l'article 259quinquies, du Code judiciaire, ne parle aucunement de "publication" d'une vacance de mandat adjoint. Et c'est logique. Il s'agit ici en principe d'une question purement interne, qui ne concerne que les magistrats de la propre juridiction ou du propre corps, de sorte que plus aucune publication au Moniteur belge n'est nécessaire. En outre, il n'est pas toujours requis de poser sa candidature pour être désigné à un mandat adjoint.

L'article 101bis, deuxième alinéa, ne peut en aucun cas, aux termes du présent texte, apporter de solution dans l'hypothèse où un mandat adjoint est déclaré vacant avant le 2 août 2000 et auquel il ne serait pourvu par manque de candidats.

4.2.2. Conformément à l'article 101 de la loi du 22 décembre 1998, c'est le moment où la place ou le mandat est devenu vacant qui est décisif pour déterminer la procédure applicable et non la publication de la vacance au Moniteur belge.

Dit vindt bevestiging in het feit dat wanneer een benoeming op voordracht overeenkomstig artikel 151 (oud) van de Grondwet door de Raad van State wordt vernietigd, de gevolgen van deze vernietiging zich niet uitstrekken tot de gedane voordrachten van kandidaten door de instellingen vermeld in voormeld grondwetsartikel. Ook na de vernietiging is de Koning bij een nieuwe benoeming gebonden door de twee lijsten van twee kandidaten.

Het voorgestelde artikel 101bis, eerste lid, is in zijn algemeenheid niet houdbaar.

4.2. Artikel 101bis, tweede lid, beoogt het lot te regelen van vacatures ontstaan voor 2 augustus 2000 maar die niet konden worden opgevuld bij gebrek aan kandidaten, zodat een nieuwe bekendmaking noodzakelijk was of is.

In werkelijkheid heeft dit probleem uitsluitend betrekking op eerste benoemingen in de magistratuur en niet op aanwijzingen in het mandaat van korpschef of in adjunct-mandaten.

De voorgestelde tekst spreekt dus terecht van vacante "plaatsen" en niet van "mandaten", maar ten onrechte van "benoeming of aanwijzing".

4.2.1. Hier moet alleszins ook de aandacht gevestigd worden op het feit dat artikel 259quinquies van het Gerechtelijk Wetboek in het geheel niet spreekt van de "bekendmaking" van een vacant adjunct-mandaat. Dit is logisch. Het betreft hier in beginsel een interne aangelegenheid nu alleen magistraten uit het eigen rechtscollege of korps voor een adjunct-mandaat in aanmerking komen, zodat geen bekendmaking in het Belgisch Staatsblad meer vereist is. Daarenboven is niet in alle gevallen een kandidaatstelling nodig.

Het artikel 101bis, tweede lid, kan in de voorliggende tekst dus zeker niet de hypothese regelen van een voor 2 augustus 2000 vacant verklaarde adjunct-mandaat dat intussen niet zou zijn opgevuld bij gebrek aan kandidaten.

4.2.2. Overeenkomstig artikel 101 van de wet van 22 december 1998 is het tijdstip waarop de plaats of het mandaat is opgevallen determinerend voor het bepalen van de toepasselijke procedure en niet de bekendmaking van de vacature in het Belgisch Staatsblad.

Toute dérogation à cet article est, partant, indispensable pour permettre une nomination ou désignation selon la nouvelle procédure dans le cas d'une place ou d'un mandat devenu vacant avant le 1^{er} août 2000.

4.2.3. Lorsque certaines places ne peuvent être pourvues par manque de candidats et qu'il faut donc lancer un nouvel appel aux candidats, comme la pratique semble nous l'avoir démontré, il n'est pas souhaitable de voir s'opérer de nouvelles nominations selon l'ancienne procédure longtemps après l'entrée en vigueur de la loi du 22 décembre 1998.

Il semble indiqué que tous les candidats à des fonctions similaires doivent remplir les mêmes conditions de nomination et soient soumis à la même procédure de nomination, qui offre toutes les garanties d'objectivité et d'impartialité et qui protège également leurs droits de manière optimale.

En l'espèce, il n'existe aucun risque de discrimination. L'article 101bis, deuxième alinéa, part de l'hypothèse qu'il n'y a aucun candidat. Ceux qui se portent candidats après la nouvelle publication sont soumis à la même procédure et aux mêmes conditions de nomination, sans discrimination aucune.

Certains considérations d'ordre pratique plaident également pour cette solution. En effet, il est possible que le même candidat fasse simultanément l'objet de deux procédures de nomination différentes. Dans ce cas, le Roi peut nommer un candidat en se basant sur l'ancienne procédure, alors que ce même candidat est simultanément présenté par le Conseil supérieur de la Justice dans le cadre d'une nomination à une autre place sur la base de la nouvelle procédure. Dans ce cas de figure, les vacances à pourvoir connaissent un nouveau retard.

Sous réserve de ce qui a été développé ci-avant au sujet de la portée de l'article 101bis, deuxième alinéa, proposé concernant la rétroactivité anticonstitutionnelle, (dont l'application est limitée aux nominations et au cas d'absence de candidats), la présente mesure proposée est opportune.

* * * * *

Een afwijking op dit laatste artikel is derhalve noodzakelijk om een benoeming mogelijk te maken volgens de nieuwe procedure voor een vacante plaats opengevallen voor 1 augustus 2000.

4.2.3. Wanneer bepaalde plaatsen niet kunnen opgevuld worden omdat er geen kandidaten zijn en dus een nieuwe oproep tot kandidaten vereist is - wat in de praktijk het geval blijkt te zijn - is het niet wenselijk dat lange tijd nadat de wet van 22 december 1998 in werking is getreden, nog benoemingen zouden gebeuren op basis van de voorheen bestaande procedure.

Het lijkt aangewezen dat alle kandidaten voor gelijkaardige functies aan dezelfde benoemingsvoorwaarden moeten voldoen en aan dezelfde benoemingsprocedure worden onderworpen, die alle garanties van objectiviteit en onpartijdigheid biedt en ook hun rechten maximaal beschermt.

Hier bestaat het gevaar voor discriminatie niet. Het artikel 101bis gaat (wellicht) uit van de hypothese dat er voordien geen kandidaten waren. Diegenen die zich kandidaat stellen na de nieuwe bekendmaking nemen deel aan de procedure op voet van gelijkheid.

Ook praktische overwegingen pleiten voor die oplossing. Het is immers mogelijk dat dezelfde kandidaat tegelijkertijd het voorwerp zou uitmaken van twee verschillende benoemingsprocedures. In dat geval is het niet uitgesloten dat de Koning een kandidaat benoemt op grond van de oude procedure, terwijl dezelfde kandidaat tegelijkertijd voor een andere plaats voorgedragen wordt voor benoeming door de Hoge Raad voor de Justitie. Dit kan opnieuw voor vertraging in de opvulling van de vacature zorgen.

Onder voorbehoud van wat hiervoor gezegd is met betrekking tot de draagwijdte van het voorgestelde artikel 101bis, tweede lid, inzake de ongrondwettelijkheid van de retro-activiteit (alleen voor benoemingen en bij afwezigheid van kandidaten), komt de voorgestelde maatregel als opportuun voor.

* * * * *