

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

23 août 2011

**PROPOSITION DE LOI
INTERPRÉTATIVE**

**de l'article 304
du Code judiciaire**

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 50 005/2/V
du 10 août 2011**

Documents précédents:

Doc 53 **1416/ (2010/2011):**

- 001: Proposition de loi interprétative de MM. Gilkinet et Van Hecke et consorts.
- 002: Addendum.
- 003 et 004: Amendements.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

23 augustus 2011

**VOORSTEL VAN
INTERPRETATIEVE WET**

**betreffende artikel 304
van het Gerechtelijk Wetboek**

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 50 005/2/V
van 10 augustus 2011**

Voorgaande documenten:

Doc 53 **1416/ (2010/2011):**

- 001: Voorstel van interpretatieve wet van de heren Gilkinet en Van Hecke c.s.
- 002: Addendum.
- 003 en 004: Amendementen.

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie	
PS	:	Parti Socialiste	
MR	:	Mouvement Réformateur	
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams	
sp.a	:	socialistische partij anders	
Ecolo-Groen!	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales — Groen	
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten	
VB	:	Vlaams Belang	
cdH	:	centre démocrate Humaniste	
LDD	:	Lijst Dedecker	
INDEP-ONAFH	:	Indépendant - Onafhankelijk	

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkortingen bij de nummering van de publicaties:	
DOC 53 0000/000:	Document parlementaire de la 53 ^{ème} législature, suivi du n° de base et du n° consécutif	DOC 53 0000/000:	Parlementair document van de 53 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Questions et Réponses écrites	QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral (couverture verte)	CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag (groene kaft)
CRABV:	Compte Rendu Analytique (couverture bleue)	CRABV:	Beknopt Verslag (blauwe kaft)
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes) (PLEN: couverture blanche; COM: couverture saumon)	CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen) (PLEN: witte kaft; COM: zalmkleurige kaft)
PLEN:	Séance plénière	PLEN:	Plenum
COM:	Réunion de commission	COM:	Commissievergadering
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants		Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers	
Commandes:		Bestellingen:	
Place de la Nation 2		Natieplein 2	
1008 Bruxelles		1008 Brussel	
Tél.: 02/ 549 81 60		Tel.: 02/ 549 81 60	
Fax: 02/549 82 74		Fax: 02/549 82 74	
www.lachambre.be		www.dekamer.be	
e-mail: publications@lachambre.be		e-mail: publicaties@dekamer.be	

Le Conseil d'État, section de législation, deuxième chambre des vacances, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 13 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours sur une proposition de loi interprétative "de l'article 304 du Code judiciaire" (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1416/001), a donné l'avis suivant:

I. — OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Le recours à une loi interprétative

1. La proposition de loi examinée se présente comme une proposition de loi interprétative. L'article 304 du Code judiciaire devrait être "interprété en ce sens que la règle prévue s'applique au moment de la première audience et ne s'applique dès lors pas dans les cas où l'une des parties est assistée, après la première audience, soit par un autre avocat ou un autre mandataire, soit par un avocat de complément ou un mandataire de complément conjoint, parent ou allié en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale d'une personne visée à l'article 304 du Code judiciaire. Dans ce cas, devront s'abstenir l'autre avocat, l'autre mandataire, l'avocat de complément ou le mandataire de complément s'il est conjoint, parent ou allié en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale d'une personne visée à l'article 304 du Code judiciaire".

2. Selon la section de législation du Conseil d'État:

"Il est généralement admis qu'une loi interprétative a essentiellement pour objet d'interpréter, d'une manière uniforme et obligatoire pour tous, des dispositions législatives peu claires, qui sont susceptibles d'interprétations en sens divers. À la suite de la révision de l'ancien article 28 de la Constitution - l'actuel article 84 — le rapport rédigé au nom de la commission compétente du Sénat a souligné, d'une part, que l'interprétation par voie d'autorité n'est pas possible, en principe, si la norme en question est claire, et d'autre part, qu'il ne peut y avoir une telle interprétation que si le sens de la norme concernée peut être douteux. Il en sera ainsi lorsque la norme est contredite par les travaux préparatoires qui s'y rapportent ou si ces derniers ne comportent aucune indication à cet égard"¹.

"La loi interprétative doit rester une exception². Il ne peut y être recouru pour procéder à une véritable modification des

De Raad van State, afdeling Wetgeving, tweede vakantie-kamer, op 13 juli 2011 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorstel van interpretatieve wet "betreffende artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek" (*Parl.St. Kamer*, 2010-2011, nr. 53-1416/001), heeft het volgende advies gegeven:

I. — ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Werken met een interpretatieve wet

1. Het voorliggende wetsvoorstel dient zich aan als een voorstel van interpretatieve wet. Artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek zou "aldus uitgelegd (moeten worden) dat de erin vervatte regel van toepassing is bij de eerste terechtzitting en dus niet ingeval een van de partijen na de eerste terechtzitting wordt bijgestaan door hetzij een andere advocaat of gemachtigde, hetzij een toegevoegde advocaat of gemachtigde, die een echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn van een bij artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek beoogde persoon is. De andere advocaat of gemachtigde of de toegevoegde advocaat of gemachtigde zal met andere woorden ervan afzien in de procedure op te treden als hij een echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn van een bij artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek beoogde persoon is".

2. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft reeds de volgende opmerking gemaakt:

"Naar algemeen wordt aangenomen strekt een interpretatieve wet in essentie ertoe onduidelijke wetsbepalingen, welke voor een verschillende interpretatie vatbaar zijn, op een voor eenieder bindende en uniforme wijze uit te leggen. Naar aanleiding van de herziening van het vroegere artikel 28 van de Grondwet — het huidige artikel 84 — werd in het namens de bevoegde Senaatscommissie opgestelde verslag erop gewezen dat, eensdeels, een authentieke interpretatie in beginsel niet mogelijk is ingeval de norm in kwestie duidelijk is, en dat, anderdeels, een dergelijke interpretatie enkel kan indien aan de betekenis van de betrokken norm zou kunnen worden getwijfeld. Dat laatste zal het geval zijn wanneer de norm wordt tegengesproken door de eraan ten grondslag liggende parlementaire voorbereiding of ingeval deze laatste ter zake geen aanwijzingen bevat"¹.

"Interpretatieve wetten moeten een uitzondering blijven². Er mag geen gebruik van worden gemaakt om een echte wi-

¹ Avis 24 877/1, donné le 1er février 1996, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu la loi du 19 juin 1996 'interprétative de la loi du 20 juillet 1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l'évolution du bien-être général'.

² Note de bas de page 2 de l'avis cité: J. VELU, op. cit., n° 389, p. 599, qui précise "... c'est un précepte de sagesse politique que la loi interprétative revête un caractère exceptionnel".

¹ Advies 24 877/1, dat op 1 februari 1996 door de afdeling Wetgeving van de Raad van State is uitgebracht over een voorontwerp, de latere wet van 19 juni 1996 "tot interpretatie van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn".

² Voetnoot 2 van blz. 26 van het geciteerde advies: J. Velu, op. cit., nr. 389, blz. 599, die het volgende stelt "... c'est un précepte de sagesse politique que la loi interprétative revête un caractère exceptionnel".

normes interprétées³. L'interprétation peut certes consister à 'réécrire' une phrase obscure ou à 'ajouter' quelques mots à une expression imprécise, mais elle ne peut être utilisée pour améliorer de manière générale la rédaction d'un texte ou pour en combler les lacunes⁴. Son rôle est uniquement de préciser, d'expliquer, de clarifier le sens d'une règle existante lorsqu'une réelle difficulté d'interprétation se présente. En cas de doute, le recours à une loi modificative non rétroactive est recommandé⁵ ⁶.

Dans l'avis 34 153/VR, donné le 12 décembre 2002, sur une proposition de loi 'interprétative de l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire', la section de législation a, une nouvelle fois, examiné la notion de loi interprétative.

"1. La notion de loi interprétative

1.1. Selon la doctrine:

- ³ Note de bas de page 1 de l'avis cité: Révision de l'article 28 de la Constitution, Rapport fait au nom de la Commission de la Révision de la Constitution et de la Réforme des institutions par MM. de Stexhe et Lindemans, Doc. parl., Sénat, sess. 1979-1980, n° 10/25, p. 4; conclusions de l'avocat général J.F. Leclercq sous Cass., 4 novembre 1996, A.P.T., 1997, p. 222.
- ⁴ Note de bas de page 2 de l'avis cité: P. Lewalle, Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1975, p. 169, qui précise "... Quand le législateur édicte une norme nouvelle aux fins de combler une lacune de l'ordonnement juridique antérieur, il ne convaincra personne en affirmant faire œuvre d'interprète, et ce en dépit des intitulés les plus catégoriques: 'Protestatio actui contraria non valet' ...". Voir également les avis précités n°s L. 24 877/1 et L. 23 600/1/V.
- ⁵ Note de bas de page 1 de l'avis cité: Rapport fait par MM. de Stexhe et Lindemans, op. cit., p. 4. Voir également J. van Nieuwenhove, op. cit., 1999, p. 132, qui écrit: "Door het wijzigen, opheffen, vervangen, invoegen van wetsbepalingen, kan de wetgever de onduidelijke, dubbelzinnig gebleken of verkeerd geïnterpreteerde bepaling bijsturen om de gewenste draagwijdte duidelijker tot uiting te laten komen. Deze techniek wordt in veruit de meeste gevallen gebruikt. In tegenstelling tot de interpretatieve wet heeft de wijzigingswet niet per definitie terugwerkende kracht (...). Normaliter is het gebruik van interpretatieve wetsbepalingen aangewezen indien moeilijkheden bij de toepassing van een wetsbepaling hun enige oorsprong vinden in een uiteenlopende interpretatie van de wet, onder meer wanneer hierdoor de rechtszekerheid in het gedrang kan komen. In andere gevallen is het gebruik van interpretatieve wetsbepalingen in beginsel uit den boze en moet gebruik gemaakt worden van wijzigende wetsbepalingen zonder terugwerkende kracht, desgevallend aangevuld met overgangs- en inwerkingtredingsbepalingen".
- ⁶ Avis 30 111/2 donné le 5 juin 2000 sur un avant-projet de loi 'interprétant et modifiant certaines dispositions de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et de la loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale'.

ijziging aan te brengen in rechtsregels die worden uitgelegd³. Uitleggen kan weliswaar betekenen dat een onduidelijke zin wordt "herschreven" of dat enkele woorden worden toegevoegd aan een vage formulering, maar mag niet dienen om de redactie van een regeling in het algemeen te verbeteren of om de leemten ervan aan te vullen⁴. De bedoeling ervan is enkel de betekenis van een bestaande regel te preciseren, nader te omschrijven, te verduidelijken wanneer er daadwerkelijk een interpretatieprobleem rijst. In geval van twijfel is het geraden gebruik te maken van een niet-retroactieve wijzigingswet⁵ ⁶.

In advies 34 153/VR, dat op 12 december 2002 is gegeven over een voorstel van wet "tot interpretatie van artikel 7, eerste lid, van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht", heeft de afdeling Wetgeving zich nogmaals over het begrip interpretatieve wet gebogen en daarbij de volgende opmerking gemaakt:

"1. Het begrip interpretatieve wet

1.1. Volgens de rechtsleer betekent het interpreteren van een wet:

- ³ Voetnoot 1 van blz. 27 van het geciteerde advies: Herziening van artikel 28 van de Grondwet, Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen uitgebracht door de heren Lindemans en de Stexhe, Gedr. St., Senaat, zitting 1979-1980, nr. 10/25, blz. 4; conclusies van advocaat-generaal J.F. Leclercq onder Cass., 4 november 1996, A.P.T., 1997, blz. 222.
- ⁴ Voetnoot 2 van blz. 27 van het geciteerde advies: P. Lewalle, Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, Faculté de rechten, Luik, Martinus Nijhoff, Den Haag, 1975, blz. 169, die het volgende stelt "... Quand le législateur édicte une norme nouvelle aux fins de combler une lacune de l'ordonnement juridique antérieur, il ne convaincra personne en affirmant faire oeuvre d'interprète, et ce en dépit des intitulés les plus catégoriques: 'Protestatio actui contraria non valet' ...". Zie ook de genoemde adviezen nrs. L. 24 877/1 en L. 23 600/1/V.
- ⁵ Voetnoot 1 van blz. 28 van het geciteerde advies: Verslag uitgebracht door de heren Lindemans en de Stexhe, op. cit., blz. 4. Zie ook J. Van Nieuwenhove, op. cit., 1999, blz. 132, die het volgende schrijft: "Door het wijzigen, opheffen, vervangen, invoegen van wetsbepalingen, kan de wetgever de onduidelijke, dubbelzinnig gebleken of verkeerd geïnterpreteerde bepaling bijsturen om de gewenste draagwijdte duidelijker tot uiting te laten komen. Deze techniek wordt in veruit de meeste gevallen gebruikt. In tegenstelling tot de interpretatieve wet heeft de wijzigingswet niet per definitie terugwerkende kracht (...). Normaliter is het gebruik van interpretatieve wetsbepalingen aangewezen indien moeilijkheden bij de toepassing van een wetsbepaling hun enige oorsprong vinden in een uiteenlopende interpretatie van de wet, onder meer wanneer hierdoor de rechtszekerheid in het gedrang kan komen. In andere gevallen is het gebruik van interpretatieve wetsbepalingen in beginsel uit den boze en moet gebruik gemaakt worden van wijzigende wetsbepalingen zonder terugwerkende kracht, desgevallend aangevuld met overgangs- en inwerkingtredingsbepalingen."
- ⁶ Advies 30 111/2, gegeven op 5 juni 2000 over een voorontwerp van wet "tot interpretatie en wijziging van sommige bepalingen van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen en van de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken".

“... interpréter une loi, c’est dégager le sens exact d’un texte législatif qui serait peu clair et, le cas échéant, en déterminer la portée, c’est-à-dire le champ d’application temporel, spatial et juridique. (...) Interpréter une loi par voie d’autorité, ou ce qui revient au même l’interpréter de manière authentique, c’est en donner une interprétation par voie de disposition générale, obligatoire (...)”⁷.

Dans plusieurs avis, la section de législation du Conseil d’État a rappelé les principes qui régissent le recours à une loi interprétative en insistant sur le caractère exceptionnel du procédé.

Cette compétence emporte que:333

“... le législateur peut interpréter une loi ancienne de manière telle que celle-ci doit être réputée avoir eu, en tout temps et pour tous, le sens indiqué dans la loi interprétative, quitte le cas échéant, à affecter, de la sorte, des situations juridiques acquises entre-temps⁸, sans qu’il faille pour autant, conformément à l’article 7 du Code judiciaire, revenir sur des décisions juridictionnelles entre-temps passées en force de chose jugée”⁹.

La doctrine estime même que le législateur ne peut adopter une loi interprétative ‘pour la seule raison qu’il estime inopportune la jurisprudence des cours et tribunaux relative à une loi sans mettre en question d’aucune façon l’exactitude du sens et de la portée donnés par ceux-ci à cette loi. Il a été précisé au cours des travaux préparatoires de la révision de l’article 28¹⁰ de la Constitution¹¹ que l’interprétation authentique n’est pas possible si une norme est claire et qu’il ne peut y avoir lieu à pareille interprétation que si le sens de la norme est douteux, si, notamment, il est contredit par les travaux préparatoires ou leur silence; toujours selon le Constituant de 1980, cette interprétation doit s’inspirer des textes de la norme à interpréter et des travaux préparatoires; dans le doute, il est plus opportun de modifier la norme plutôt que de l’interpréter (...). Il n’est pas contestable que l’interprétation authentique d’une loi se

“... interpréter une loi, c’est dégager le sens exact d’un texte législatif qui serait peu clair et, le cas échéant, en déterminer la portée, c’est-à-dire le champ d’application temporel, spatial et juridique. (...) Interpréter une loi par voie d’autorité, ou ce qui revient au même l’interpréter de manière authentique, c’est en donner une interprétation par voie de disposition générale, obligatoire (...)”⁷

In verscheidene adviezen heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State herinnerd aan de beginselen die moeten worden gehuldigd als met een interpretatieve wet wordt gewerkt, waarbij ze heeft beklemtoond dat die werkwijze uitzonderlijk moet blijven.

Die bevoegdheid houdt in dat:

“... de wetgever een vroegere wet zo mag uitleggen dat deze geacht moet worden steeds en voor eenieder de betekenis, vermeld in de interpretatieve wet, te hebben gehad, in voorkomend geval aldus ingrijpend in inmiddels verworven rechtstoestanden⁸, zonder dat zulks evenwel, overeenkomstig artikel 7 van het Gerechtelijk Wetboek, ertoe kan leiden dat wordt teruggekomen op inmiddels in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen”⁹.

In de rechtsleer wordt zelfs de mening verkondigd dat de wetgever geen interpretatieve wet kan aannemen “pour la seule raison qu’il estime inopportune la jurisprudence des cours et tribunaux relative à une loi sans mettre en question d’aucune façon l’exactitude du sens et de la portée donnés par ceux-ci à cette loi. Il a été précisé au cours des travaux préparatoires de la révision de l’article 28¹⁰ de la Constitution”¹¹

⁷ Note de bas de page 7 de l’avis cité: J. Velu, “Droit public”, T I, éd. Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 587. Voyez aussi: J. Barthélemy, “De l’interprétation des lois par le législateur”, RDP, 1908, p. 465; L. Patras, “L’interprétation en droit public interne”, Paris, 1962, p. 25; J. Van Nieuwenhove, “Interpretatieve wetten en behoorlijke regelgeving”, T.v.W., 1999, pp. 127-136.

⁸ Note de bas de page 8 de l’avis cité: Doc. parl., Sénat, sess. ext. 1979, n° 261/1, annexe 1, avis du Conseil d’État du 31 mai 1979, p. 17.

⁹ Note de bas de page 9 de l’avis cité: Avis de la section de législation 23 600/1/V, donné le 26 juillet 1994, sur un avant-projet de loi ‘interprétative de la loi du 20 juillet 1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l’évolution du bien-être général’. Voir également: Cass., 4 novembre 1996, Pas., 1996, I., p. 411.

¹⁰ Note de bas de page 10 de l’avis cité: Devenu l’article 84 de la Constitution.

¹¹ Note de bas de page 11 de l’avis cité: Doc. parl., Sénat, sess. ext. 1979, n° 100/25, p. 4.

⁷ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: J. Velu, “Droit public”, deel I, uitgeverij Bruylant, Brussel, 1986, blz. 587. Zie ook J. Barthélemy, “De l’interprétation des lois par le législateur”, RDP, 1908, blz. 465; L. Patras, “L’interprétation en droit public interne”, Parijs, 1962, blz. 25; J. Van Nieuwenhove, “Interpretatieve wetten en behoorlijke regelgeving”, T.v.W., 1999, blz. 127-136.

⁸ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Gedr. St., Senaat, BZ 1979, nr. 261/1, bijlage 1, advies van de Raad van State van 31 mei 1979, blz. 17.

⁹ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Advies 23 600/1/V d.d. 26 juli 1994 van de afdeling Wetgeving over een voorontwerp van wet “tot interpretatie van de wet van 20 juli 1990 tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn”. Zie eveneens: Cass., 4 november 1996, Arr. Cass., 1996, blz. 411.

¹⁰ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Huidig artikel 84 van de Grondwet.

¹¹ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Gedr. St., Senaat, BZ 1979, nr. 100/25, blz. 4.

justifie lorsque, malgré l'intervention de la Cour de cassation, les divergences existant au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi créent une insécurité juridique qui porte atteinte tant à l'intérêt général qu'aux intérêts des justiciables, ou lorsque, en l'absence de divergences au sein du Pouvoir judiciaire quant à l'interprétation d'une loi, le Pouvoir législatif considère que l'interprétation donnée par les cours et tribunaux s'écarte du sens et de la portée qui, selon lui, doivent être reconnus à cette loi¹².

1.2. Comme l'a, par ailleurs, souligné la Cour d'arbitrage:

"... une disposition législative est interprétative lorsqu'elle explicite et clarifie, avec effet rétroactif, une autre disposition législative"¹³.

Une telle loi n'a donc pas pour objet d'ajouter des règles nouvelles à l'ordonnement juridique existant. Elle fait corps avec la loi interprétée qui est réputée avoir eu, dès l'origine, le sens que lui donne la loi interprétative¹⁴.

Dans la mesure où la loi interprétative a une portée rétroactive, il convient toutefois que le législateur ne recoure à ce procédé que dans le respect des principes constitutionnels et conventionnels qui s'imposent à lui. Il sera particulièrement attentif à cet égard aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacrent tant le principe de la non-rétroactivité de la loi en matière pénale que le principe de la prévisibilité de la procédure pénale".

3. L'article 304 du Code judiciaire dispose:

"En toutes matières, le juge, le juge de complément, le juge suppléant, le magistrat du ministère public, le référendaire près la Cour de cassation, le greffier, le juge social ou consulaire ou l'assesseur en application des peines doit s'abstenir,

¹² Note de bas de page 12 de l'avis cité: J. Velu, op. cit., p. 600. Voir dans le même sens M. Uyttendaele, "Précis de droit constitutionnel belge", éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 283. Voir également: Cass., 17 février 2000, Pas., 2000, I, p. 134 ("(...) une loi interprétative est une loi qui, sur un point où la règle de droit est incertaine ou controversée, vient consacrer une solution qui aurait pu être adoptée par la jurisprudence").

¹³ Note de bas de page 13 de l'avis cité: Cour d'arbitrage, 19 mai 1993, arrêt n° 37/93.

¹⁴ Note de bas de page 14 de l'avis cité: "L'interprétation peut certes consister à 'réécrire' une phrase obscure ou à 'ajouter' quelques mots à une expression imprécise, mais elle ne peut être utilisée pour améliorer de manière générale la rédaction d'un texte ou pour en combler les lacunes. Son rôle est uniquement de préciser, d'expliciter, de clarifier le sens d'une règle existante lorsqu'une réelle difficulté d'interprétation se présente". Voir avis 30 111/2 du 5 juin 2000 sur un avant-projet de loi "interprétant et modifiant certaines dispositions de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et de la loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale" (Doc. parl., Chambre, sess. 2000-2001, n° 1329).

que l'interprétation authentique... doivent être reconnus à cette loi"¹².

1.2. Zoals het Arbitragehof bovendien heeft onderstreept:

"... Een wetsbepaling is interpretatief wanneer zij, met terugwerkende kracht, een andere wetsbepaling uitlegt en verklaart"¹³.

Zulk een wet heeft dus niet tot doel nieuwe rechtsregels toe te voegen aan de bestaande rechtsordening. Ze vormt één geheel met de wet die wordt uitgelegd en die wordt geacht van bij het begin de betekenis te hebben gehad die eraan wordt gegeven door de interpretatieve wet¹⁴.

Voor zover de interpretatieve wet terugwerkende kracht heeft, mag de wetgever echter slechts met zo'n wet werken als hij de grondwettelijke en verdragsrechtelijke beginselen naleeft. Daarbij moet hij in het bijzonder acht slaan op de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarin zowel het beginsel vervat is dat strafwetten niet mogen terugwerken, als het beginsel dat de strafprocedure voorzienbaar moet zijn."

3. Artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt:

"In alle zaken moet de rechter, de toegevoegde rechter, de plaatsvervangende rechter, de ambtenaar van het openbaar ministerie, de griffier, de referendaris bij het Hof van Cassatie, de rechter in sociale zaken of in handelszaken of de assessor

¹² Voetnoot 12 van het geciteerde advies: J. Velu, op. cit., blz. 600. Zie in dezelfde zin M. Uyttendaele, "Précis de droit constitutionnel belge", uitgeverij Bruylant, Brussel, 2001, blz. 283. Zie eveneens: Cass., 17 februari 2000, Arr. Cass., 2000, blz. 134 ("(...) dat een uitleggingswet een wet is die betreffende een punt waar de rechtsregel onzeker of betwist is, een oplossing geeft, die door de rechtspraak had kunnen worden aangenomen").

¹³ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Arbitragehof, 19 mei 1993, arrest nr. 37/93.

¹⁴ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: "Uitleggen kan weliswaar betekenen dat een onduidelijke zin wordt 'herschreven' of dat enkele woorden worden toegevoegd aan een vage formulering, maar mag niet dienen om de redactie van een regeling in het algemeen te verbeteren of om de leemten ervan aan te vullen. De bedoeling ervan is enkel de betekenis van een bestaande regel te preciseren, nader te omschrijven, te verduidelijken wanneer er daadwerkelijk een interpretatieprobleem rijst". Zie advies 30 111/2 van 5 juni 2000 over een voorontwerp van wet "tot interpretatie en wijziging van sommige bepalingen van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen en de wet van 23 maart 1999 betreffende de rechterlijke inrichting in fiscale zaken" (Gedr. St., Kamer, zitting 2000-2001, nr. 1329).

sous telle peine disciplinaire que de droit, s'il est conjoint, parent ou allié en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale de l'avocat ou du mandataire de l'une des parties".

Cet article ne donne pas lieu à des difficultés d'interprétation pouvant justifier le recours à une loi interprétative. Il n'est pas douteux que la règle qu'il édicte s'applique quel que soit le moment où survient l'incompatibilité. Si un avocat ou un mandataire présentant un lien de parenté prohibé avec l'une des personnes visées intervient dans le courant de la procédure, cette personne devra s'abstenir. De plus, la règle d'incompatibilité contenue à l'article 304 du Code judiciaire, répondant aux exigences objectives de l'organisation judiciaire, est essentielle à une bonne administration de la justice; elle est donc d'ordre public et sa méconnaissance pourra être invoquée à tout moment, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation¹⁵. Quand bien même l'article 304 du Code judiciaire serait-il seulement une cause de récusation¹⁶, il pourrait être invoqué, conformément à l'article 833 du Code judiciaire, "avant le commencement de la plaidoirie, à moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement", ce qui ne rencontre pas l'objectif poursuivi par les auteurs de la proposition de loi examinée.

La proposition examinée n'interprète donc pas l'article 304 du Code judiciaire mais le modifie. Elle le complète également en y ajoutant la règle 999 inexistante actuellement — selon laquelle, dans le cas visé par l'exception, "devront s'abstenir l'autre avocat, l'autre mandataire, l'avocat de complément ou le mandataire de complément s'il est conjoint, parent ou allié en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale d'une personne visée à l'article 304 du Code judiciaire".

C'est donc à bon droit que les auteurs de la proposition de loi examinée ont introduit des amendements visant à transformer celle-ci en une proposition de loi modificative — et non plus interprétative — de l'article 304 du Code judiciaire.

B. La conformité de la proposition avec l'article 6, § 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Lorsque l'on se trouve dans le champ d'application de l'exception à l'article 304, alinéa 1^{er}, proposé du Code judiciaire, les personnes visées par cet alinéa ne devront pas s'abstenir, nonobstant le lien de parenté existant avec l'avocat ou le mandataire de l'une des parties au procès. Dans ce cas, pour que les principes d'indépendance et d'impartialité du juge soient respectés, il appartiendra non plus aux personnes visées à l'article 304, alinéa 1^{er}, proposé mais à l'avocat ou au mandataire de s'abstenir. C'est ce que prévoient expres-

in strafuitvoeringszaken, op straffe van tuchtsanctie als naar recht, zich onthouden, indien hij echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn is van de advocaat of van de gemachtigde van een der partijen".

Bij de interpretatie van dat artikel rijzen geen moeilijkheden die grond kunnen opleveren om met een interpretatieve wet te werken. Het lijkt geen twijfel dat de daarin vervatte regel geldt ongeacht het ogenblik waarop de onverenigbaarheid zich voordoet. Als een advocaat of een gemachtigde die met een van de bedoelde personen een verboden band van verwantschap bezit in de loop van de procedure bij de zaak betrokken wordt, dient die persoon zich te onthouden. Bovendien beantwoordt de regel inzake de onverenigbaarheid vervat in artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek aan de objectieve vereisten van de rechterlijke organisatie en is die essentieel voor een goede rechtsbedeling; die regel is dan ook van openbare orde en de schending ervan kan te allen tijde worden aangevoerd, ook voor het eerst voor het Hof van cassatie¹⁵. Zelfs als artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek alleen een grond tot wraking zou zijn¹⁶, zou dat artikel overeenkomstig artikel 833 van het Gerechtelijk Wetboek aangevoerd kunnen worden "voor de aanvang van de pleidooien tenzij de redenen van wraking later zijn ontstaan", hetgeen niet beantwoordt aan het doel dat door de indieners van het voorliggende wetsvoorstel wordt nagestreefd.

Bij het voorliggende voorstel wordt artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek dus niet geïnterpreteerd maar gewijzigd. Bij het voorstel wordt dat artikel ook aangevuld door toevoeging van de — thans onbestaande — regel dat in het geval bedoeld in de uitzondering "de andere advocaat of gemachtigde of de toegevoegde advocaat of gemachtigde [...] ervan af zal zien in de procedure op te treden als hij een echtgenoot, bloed- of aanverwant in de rechte lijn of in de tweede graad in de zijlijn van een bij artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek beoogde persoon is".

De indieners van het wetsvoorstel hebben terecht amendementen ingediend die ertoe strekken het wetsvoorstel om te vormen tot een voorstel tot wijziging — en niet meer tot interpretatie — van artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek.

B. Overeenstemming van het voorstel met artikel 6, lid 3, c), van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

In de gevallen die tot de werkingssfeer behoren van de uitzondering vervat in het voorgestelde artikel 304, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, zullen de personen die in dat lid vermeld worden, er niet van af moeten zien in de procedure op te treden, ongeacht de band van verwantschap die zij hebben met de advocaat of gemachtigde van een van de procespartijen. Met het oog op de naleving van de beginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter zijn het in dat geval niet langer de personen van wie sprake is in

¹⁵ Cass. 18 avril 1991; conclusions de M. le Procureur général J.F. Leclercq précédant Cass. 9 novembre 2009.

¹⁶ Sur les rapports entre une règle d'incompatibilité et une cause de récusation, voir G. de Leval et F. Georges, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 263, pp. 179 et 180.

¹⁵ Cass. 18 april 1991; conclusie van procureur-generaal J.F. Leclercq voor Cass. 9 november 2009.

¹⁶ Over de verbanden tussen een regel inzake onverenigbaarheid en een grond tot wraking, zie G. De Leval en F. Georges, *Précis de droit judiciaire*, deel 1, Brussel, Larcier, 2010, nr. 263, blz. 179 en 180.

sément les amendements n^{os} 2 à 4 mais non l'amendement n^o 5, qui justifie cette omission par le fait "qu'il appartient aux ordres compétents d'intervenir, le cas échéant conformément aux dispositions du Code judiciaire. L'article 304 traite exclusivement de l'abstention du juge".

La question est de savoir si l'obligation faite à l'avocat ou au mandataire de s'abstenir ne porterait pas atteinte au droit du justiciable au libre choix de son avocat, consacré, notamment, par l'article 6, paragraphe 3, c), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sans que le délai dans lequel l'avis est demandé ait permis un examen approfondi de la question, une réponse négative semble devoir être donnée. En effet, le droit de choisir son avocat n'est pas absolu, comme le montre l'exemple des avocats *pro deo*. En l'espèce, ce choix ne serait pas supprimé mais légèrement restreint, le justiciable pouvant choisir n'importe quel avocat ou mandataire sauf ceux — très peu nombreux — ayant un lien de parenté proche avec les personnes visées à l'article 304, alinéa 1^{er}, proposé. Et encore, cette limitation ne s'appliquerait-elle qu'au choix d'un avocat après le "moment charnière". Cette restriction limitée au droit de choisir son avocat se justifierait amplement par la nécessité d'assurer le respect de ces autres principes fondamentaux que sont l'indépendance et l'impartialité du juge ainsi que la bonne administration de la justice.

C. Le champ d'application temporel de l'exception

1. La proposition de loi initiale et les amendements examinés poursuivent un même objectif: éviter que l'une des parties au procès, connaissant l'identité du ou des juges composant la chambre qui aura à connaître de la cause, ne choisisse comme avocat ou comme mandataire une personne apparentée à l'un de ces juges afin de l'obliger à s'abstenir et, ainsi, perturber le procès.

L'amendement n^o 2 vise le nouvel avocat ou le nouveau mandataire qui intervient "après la première audience au cours de laquelle l'affaire a été introduite conformément à l'article 726 du présent Code".

L'amendement n^o 3 vise le nouvel avocat ou le nouveau mandataire qui intervient "soit, dans l'exercice d'une action publique, après la première audience au cours de laquelle l'affaire a été introduite conformément à l'article 726 du présent Code, soit, dans une procédure civile, après la désignation du juge qui va entendre les plaidoiries".

L'amendement n^o 4 vise le nouvel avocat ou le nouveau mandataire qui intervient "soit, dans l'exercice d'une action publique, une fois les débats entamés, soit, dans une pro-

het voorgestelde artikel 304, eerste lid, maar de advocaat of de gemachtigde die er van af moeten zien in de procedure op te treden. Dat wordt uitdrukkelijk voorgeschreven in de amendementen nummers 2 tot 4, maar niet in amendement nr. 5, waarin die weglating verantwoord wordt door de opmerking dat "het [...] de taak van de bevoegde ordes [is] om desgevallend op te treden overeenkomstig de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek. Artikel 304 handelt uitsluitend over de onthouding door de rechter."

De vraag is of de verplichting die aan de advocaat of de gemachtigde wordt opgelegd om er van af te zien in de procedure op te treden, geen aantasting inhoudt van het recht van de rechtzoekende om zijn advocaat vrij te kiezen, welk recht verankerd is in inzonderheid artikel 6, lid 3, c), van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Door de termijn waarbinnen dit advies volgens de aanvraag moet worden uitgebracht, is het niet mogelijk geweest deze kwestie grondig te onderzoeken, maar blijkbaar moet die vraag ontkennend beantwoord worden. Het recht om zijn advocaat te kiezen is immers niet absoluut, zoals blijkt uit het voorbeeld van de *pro-deo*advocaten. *In casu* zou die keuze niet vervallen maar enigszins ingeperkt worden, aangezien de rechtzoekende welke advocaat of gemachtigde ook zal mogen kiezen, uitgezonderd die welke nauw verwant zijn met de personen vermeld in het voorgestelde artikel 304, eerste lid, en die zeer beperkt in aantal zijn. Bovendien zou die inperking alleen gelden voor de keuze van een advocaat na het "scharniermoment". Deze beperkte inperking van het recht om zijn advocaat te kiezen zou ruimschoots gerechtvaardigd worden door de noodzaak om te zorgen voor de naleving van die andere fundamentele beginselen, namelijk de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter en de goede rechtsbedeling.

C. Werkingssfeer *ratione temporis* van de uitzondering

1. Het onderzochte oorspronkelijke wetsvoorstel en de onderzochte amendementen beogen eenzelfde doel, nl. voorkomen dat een van de procespartijen die de identiteit kent van een of meer rechters die deel uitmaken van de kamer die van de zaak kennis zal nemen, als advocaat of als gemachtigde een persoon zou kiezen die verwant is met een van de rechters, zodat deze ervan moet afzien in de procedure op te treden, en zo de procesgang zou verstoren.

Amendement nr. 2 betreft de nieuwe advocaat of de nieuwe gemachtigde die optreedt "na de eerste terechtzitting waarin de zaak werd ingeleid overeenkomstig artikel 726 van dit Wetboek".

Amendement nr. 3 betreft de nieuwe advocaat of de nieuwe gemachtigde die optreedt "hetzij, bij de uitoefening van een strafvordering, na de eerste terechtzitting waarin de zaak werd ingeleid overeenkomstig artikel 726 van dit Wetboek, hetzij in een burgerlijke rechtspleging, na aanwijzing van de rechter die de pleidooien zal horen".

Amendement nr. 4 betreft de nieuwe advocaat of de nieuwe gemachtigde die optreedt "hetzij, bij de uitoefening van een strafvordering, als de debatten eenmaal geopend zijn, hetzij

cédure civile, entre le trentième jour qui précède l'audience prévue pour les premières plaidoiries et le prononcé [du jugement ou] de l'arrêt".

L'amendement n° 5 vise le cas où l'avocat ou le mandataire "intervient pour la première fois dans la procédure, après que la partie au procès qu'il représente a pris connaissance ou aurait pu raisonnablement prendre connaissance de la composition de la juridiction qui examine l'affaire".

2. La référence à l'article 726 du Code judiciaire, à propos de procédures pénales, pose problème. Cet article n'est pas de ceux qui, en vertu de l'article 2 du Code judiciaire, s'appliquent également aux procédures pénales¹⁷. Si l'on peut parler, dans une certaine mesure, d'audience d'introduction en matière pénale, il n'y a, en revanche, ni chambre d'introduction ni rôle général¹⁸. Le mécanisme de distribution des causes en matière pénale diffère de ceux existant en matière civile.

3. Il existe une différence entre les amendements nos 2 à 4 et l'amendement n° 5.

Dans les premiers, l'exception à la règle contenue à l'article 304 du Code judiciaire ne s'applique que si l'incompatibilité survient après un "moment charnière" (l'audience d'introduction, le commencement des débats, le trentième jour qui précède l'audience pour les premières plaidoiries). Même si le justiciable a connu ou pouvait connaître la composition du siège avant ce "moment charnière", l'exception ne s'appliquera pas. Ainsi, par exemple, si le justiciable, informé de la composition du siège avant l'audience d'introduction — qui peut être également l'audience au cours de laquelle la cause sera examinée — change d'avocat ou de mandataire, l'article 304 s'appliquera, le juge devra s'abstenir et la cause sera remise ou renvoyée au rôle général. De même, s'agissant

in een burgerlijke rechtspleging, tussen de dertigste dag die aan de terechtzitting voor de eerste pleidooien voorafgaat en de uitspraak [van het vonnis] of het arrest".

Amendement nr. 5 betreft het geval waarin de advocaat of de gemachtigde "voor het eerst tussenkomt in de rechtspleging nadat de procespartij voor wie hij optreedt kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de samenstelling van het rechtscollège dat de zaak behandelt".

2. De verwijzing naar artikel 726 van het Gerechtelijk Wetboek wat de strafrechtspleging betreft, doet een probleem rijzen. Dit artikel behoort niet tot die welke krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek eveneens van toepassing zijn op de strafrechtspleging¹⁷. Weliswaar kan men in de strafrechtspleging in zekere mate spreken van een inleidende terechtzitting, maar er bestaat daarentegen geen inleidingskamer of algemene rol¹⁸. Het mechanisme van verdeling van de strafzaken verschilt van de mechanismen toepasselijk in burgerlijke zaken.

3. De amendementen nrs. 2 tot 4 verschillen van amendement nr. 5.

In de eerstgenoemde amendementen is de uitzondering op de regel vervat in artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek alleen van toepassing indien de onverenigbaarheid zich voordoet na een "scharniermoment" (de inleidende terechtzitting, de aanvang van de debatten, de dertigste dag voorafgaand aan de terechtzitting voor de eerste pleidooien). Zelfs indien de rechtzoekende vóór dat "scharniermoment" op de hoogte was of kon zijn van de samenstelling van het rechtscollège, is die uitzondering niet van toepassing. Zo bijvoorbeeld, indien de rechtzoekende die vóór de inleidende terechtzitting - welke eveneens de terechtzitting kan zijn tijdens welke de zaak zal worden onderzocht — op de hoogte was van de samenstelling van het rechtscollège, een andere advocaat of een andere

¹⁷ Pour R. Declercq, les règles contenues aux articles 700 à 730 du Code judiciaire, relatives à l'introduction de la demande, sont propres à la procédure civile (R. Declercq "Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht- strafprocesrecht, TPR 1980, n° 10, p. 43). Aucun arrêt de la Cour de cassation ne s'est prononcé sur la question (G.-F. Ranieri et M. Traest, "La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'applicabilité en matière répressive des articles 700 à 1147 du Code judiciaire", Rapport de la Cour de cassation, 2005, p. 172).

¹⁸ Selon A. Kohl, "Il résulte [...] de l'ensemble des règles particulières des différents tribunaux de première instance que les affaires pénales sont toujours introduites à jour fixe par la citation du ministère public ou de la partie civile. Ces affaires devant être instruites et jugées immédiatement, cette procédure ne comporte pas la tenue d'un registre spécial au greffe sur lequel les affaires seraient portées avant d'être appelées à l'audience. En l'absence de dispositions contenues dans les règlements particuliers, il n'existe donc pas de rôle général des affaires en matière répressive. La formation du rôle d'audience dépend de la date indiquée par l'officier du ministère public pour la comparution des prévenus (A. Kohl "le Code judiciaire, droit commun de la procédure", *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1975, p. 444). Compte tenu de l'encombrement des audiences, l'instruction et le jugement immédiat des affaires ne s'appliquent plus qu'aux causes avec détenus.

¹⁷ Volgens R. Declercq zijn de regels vervat in de artikelen 700 tot 730 van het Gerechtelijk Wetboek, die de indiening van de vordering betreffen, eigen aan de burgerlijke rechtspleging (Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht- strafprocesrecht, TPR 1980, n° 10, p. 43). Geen enkel arrest van het Hof van Cassatie heeft zich daaromtrent uitgesproken (G.-F. Ranieri en M. Traest, "La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'applicabilité en matière répressive des articles 700 à 1147 du Code judiciaire", *Rapport de la Cour de cassation*, 2005, 172).

¹⁸ A. Kohl schrijft daaromtrent het volgende: "Il résulte [...] de l'ensemble des règles particulières des différents tribunaux de première instance que les affaires pénales sont toujours introduites à jour fixe par la citation du ministère public ou de la partie civile. Ces affaires devant être instruites et jugées immédiatement, cette procédure ne comporte pas la tenue d'un registre spécial au greffe sur lequel les affaires seraient portées avant d'être appelées à l'audience. En l'absence de dispositions contenues dans les règlements particuliers, il n'existe donc pas de rôle général des affaires en matière répressive. La formation du rôle d'audience dépend de la date indiquée par l'officier du ministère public pour la comparution des prévenus" (A. Kohl, *Le Code judiciaire, droit commun de la procédure*, *Annales de la faculté de droit de Liège*, 1975, 444). Gelet op de overbelasting van de terechtzittingen zijn het gerechtelijk onderzoek en de onmiddellijke berechting van de zaken alleen nog van toepassing op zaken waarbij gedetineerden betrokken zijn.

du critère du trentième jour qui précède l'audience pour les plaidoiries, l'article 304 s'appliquera en cas de changement d'avocat ou de mandataire avant l'expiration du délai, même si, dans le cadre de la mise en état et de la fixation conformément à l'article 747 du Code judiciaire, les parties connaissent, en principe, *ab initio* la composition du siège.

Au contraire, l'amendement n° 5 ne prévoit aucun "moment charnière" fixe mais prend en considération le moment où la partie au procès a pris connaissance ou aurait pu raisonnablement prendre connaissance de la composition de la juridiction qui examine l'affaire.

Il appartient au législateur de choisir la formulation qui correspond le mieux à son intention, tout en étant conscient qu'il sera difficile de trouver une règle en parfaite adéquation avec toutes les situations pouvant se présenter¹⁹.

D. Le champ d'application *ratione materiae* de la proposition

1. L'incompatibilité prévue à l'article 304 du Code judiciaire s'applique également au stade de l'information et de l'instruction ainsi que devant les juridictions d'instruction²⁰. La proposition et les amendements examinés restent cependant en défaut de régler cette question. Cette lacune doit être comblée.

2. Une différence entre les amendements n°s 2 à 4 et l'amendement n° 5 tient à ce que les premiers ne prennent en compte que l'hypothèse d'un changement d'avocat ou de mandataire. Ainsi, l'exception à l'article 304 ne s'appliquera pas si le justiciable fait choix pour la première fois d'un avocat après le "moment charnière". L'amendement n° 5 ne mentionne pas le critère du changement d'avocat ou de mandataire.

La section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas ce qui justifierait, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que l'exception à l'article 304 du Code judiciaire ne s'applique pas également au choix initial d'un avocat ou d'un mandataire après le "moment charnière".

¹⁹ L'on pense, notamment, au changement imprévu de la composition du siège suite à un décès, une absence, une promotion.

²⁰ Voir A. Bossuyt, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation", J.T., 2005, n° 17, p. 727: "Le principe général du droit relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge est aussi applicable à la procédure pénale et doit, dès lors, être respecté par le juge d'instruction et les membres de la chambre des mises en accusation".

gemachtigde kiest, is artikel 304 van toepassing, zodat de rechter ervan moet afzien op te treden en de zaak wordt uitgesteld of naar de algemene rol wordt verwezen. Wat het criterium van de dertigste dag voorafgaand aan de terechtzitting voor de pleidooien betreft, zal artikel 304 eveneens toepassing vinden indien het veranderen van advocaat of van gemachtigde zich voordoet vóór het verstrijken van de termijn, zelfs al kennen de partijen in het kader van het in staat van wijzen brengen van de zaak en het vaststellen van de rechtsdag overeenkomstig artikel 747 van het gerechtelijk Wetboek in beginsel *ab initio* de samenstelling van het rechtscollege.

Amendement nr. 5 daarentegen bepaalt geen enkel vast "scharniermoment", maar neemt het tijdstip in aanmerking waarop de procespartij kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van de samenstelling van het rechtscollege dat de zaak behandelt.

Het komt aan de wetgever toe de formulering te kiezen die het best aan zijn bedoelingen beantwoordt; het staat evenwel vast dat het moeilijk zal zijn een formulering te bedenken die alle gevallen die zich kunnen voordoen, volledig kan regelen¹⁹.

D. Werkingssfeer *ratione materiae* van het voorstel

1. De onverenigbaarheid waarvan sprake is in artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek geldt eveneens in het stadium van het opsporingsonderzoek en van het gerechtelijk onderzoek, alsook bij de onderzoeksgerechten²⁰. Het voorliggende voorstel en de voorliggende amendementen verzuimen echter deze aangelegenheid te regelen. In deze lacune moet worden voorzien.

2. Een onderscheid tussen de amendementen nrs. 2 tot 4 en amendement nr. 5 bestaat erin dat de eerstgenoemde amendementen alleen het geval in aanmerking nemen van het veranderen van advocaat of van gemachtigde. Aldus zal de uitzondering op artikel 304 geen toepassing vinden indien de rechtzoekende na het "scharniermoment" voor de eerste maal een advocaat kiest. In amendement nr. 5 wordt het criterium van het veranderen van advocaat of van gemachtigde niet vermeld.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State ziet niet in op welke grond in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kan worden verantwoord dat de uitzondering in artikel 304 van het Gerechtelijk Wetboek niet eveneens van toepassing zal zijn op de oorspronkelijke keuze van een advocaat of een gemachtigde na het "scharniermoment".

¹⁹ Inzonderheid het geval van een onvoorziene wijziging van de samenstelling van het rechtscollege als gevolg van een overlijden, afwezigheid of een bevordering.

²⁰ Zie A. Bossuyt, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation", J.T., 2005, n° 17, p. 727: "Le principe général du droit relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge est aussi applicable à la procédure pénale et doit, dès lors, être respecté par le juge d'instruction et les membres de la chambre des mises en accusation".

II. — OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Amendement n° 4

L'article 304, alinéa 2, *in fine*, vise "l'audience prévue pour les premières plaidoiries et le prononcé [du jugement] ou de l'arrêt".

Ce n'est normalement jamais à l'audience de plaidoiries que le jugement ou l'arrêt est prononcé.

Amendement n° 5

1. L'article 304, alinéa 2, proposé du Code judiciaire commence par les mots "Le juge", alors que l'alinéa 1^{er} proposé concerne non seulement les juges mais également les membres du ministère public, les référendaires près la Cour de cassation, les assesseurs en application des peines et les greffiers.

La section de législation du Conseil d'État se demande si l'auteur de l'amendement a voulu restreindre le champ d'application de l'exception aux seuls cas où un juge est en cause ou s'il s'agit d'un oubli.

2. L'article 304, alinéa 2, proposé mentionne, *in fine* "la composition de la juridiction qui examine l'affaire". Mieux vaut écrire "la composition de la juridiction ou de la chambre qui examine l'affaire".

La chambre était composée de

Messieurs

M. HANOTIAU, président de la chambre,
Ph. QUERTAINMONT, conseillers d'État,

Mesdames

S. GUFFENS,
C. GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, premier auditeur.

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

Le greffier, *Le président,*

C. GIGOT M. HANOTIAU

II. — BIJZONDERE OPMERKINGEN

Amendement nr. 4

In artikel 304, tweede lid, *in fine*, is sprake van "de terechtzitting voor de eerste pleidooien [...]" en de uitspraak [van het vonnis] of het arrest".

Normaal gezien wordt het vonnis of het arrest nooit uitgesproken op de terechtzitting voor de pleidooien.

Amendement nr. 5

1. Het voorgestelde artikel 304, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek vangt aan met de woorden "De rechter", terwijl het voorgestelde eerste lid niet alleen de rechters betreft, maar ook de leden van het openbaar ministerie, de referendarissen bij het Hof van cassatie, de assessoren in strafuitvoeringszaken en de griffiers.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State vraagt zich af of de indiener van het amendement de werkingssfeer van de uitzondering uitsluitend heeft willen beperken tot de rechters, dan wel of het een verschrijving betreft.

2. In het voorgestelde artikel 304, tweede lid, *in fine*, is sprake van "de samenstelling van het rechtscollege dat de zaak behandelt". Het zou beter zijn te schrijven: "de samenstelling van het rechtscollege of de kamer waarin de zaak behandeld wordt".

De kamer was samengesteld uit

de Heren

M. HANOTIAU, kamervoorzitter,
Ph. QUERTAINMONT, staatsraden,

de Dames

S. GUFFENS,
C. GIGOT, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer A. LEFEBVRE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de Heer P. VANDERNOOT, staatsraad.

De griffier, *De voorzitter,*

C. GIGOT M. HANOTIAU