

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 35.647/2/V

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Ministre de la Justice, le 30 juin 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme du 24 décembre 2002", a donné le 22 juillet 2003 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limitera son examen au fondement légal du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte, ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Il résulte de l'article 3, § 2, 5° et 6°, et de l'article 8, § 3, du titre XIII, chapitre 6 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, que seules les personnes agréées peuvent être désignées en qualité de tuteur.

Ce régime ne peut s'appliquer aux agents de l'État. En effet, ceux-ci quel que soit le régime, statutaire ou contractuel, auquel ils sont soumis, sont placés sous l'autorité hiérarchique du ministre ou de ses délégués, en sorte qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un agrément. Cette situation est incompatible avec le lien juridique qui leur est applicable.

Par conséquent, toutes les dispositions du projet qui envisagent l'engagement ou l'agrément d'un tuteur ayant la qualité d'agent de l'État doivent être omises.

2. L'article 3, § 3, n'habilite en effet le Roi qu'"à fixer la nature juridique de la relation de travail" entre le tuteur agréé et le service des Tutelles, à savoir, un contrat sui generis par lequel le tuteur agréé accepte la représentation de mineurs non accompagnés, conformément à la Section 5 du Chapitre 6 de la loi-programme précitée, et qui règle certains aspects matériels de cette tutelle notamment la prise en charge de certaines dépenses.

.../...

Formalités préalables

L'accord du Ministre du Budget fait défaut.

Cette lacune doit être comblée.

Fondement légal

Observations générales

1. Un arrêté royal ne peut ni paraphraser ni modifier une loi. Le projet ne peut donc contenir des dispositions qui se trouvent déjà dans la loi-programme du 24 décembre 2002 précitée, a fortiori, lorsqu'il les modifie, par exemple, en omettant certains passages ou en en ajoutant d'autres.

A titre d'exemple, l'on signalera que certaines missions du service des Tutelles sont reprises dans le projet et pas d'autres (notamment celle mentionnée à l'article 3, § 2, 4°, du Titre XIII, Chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 précitée) et que l'article 3, alinéa 1^{er}, du projet omet de mentionner "les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement" et ajoute les autorités compétentes en matière de placement.

Il y a lieu d'omettre pareilles dispositions car l'auteur du texte doit rester dans la sphère de ses compétences. En reproduisant - fidèlement ou non - une disposition de force obligatoire supérieure, il agit comme s'il était compétent pour arrêter - donc aussi pour modifier - la norme supérieure reproduite, celle-ci étant alors en quelque sorte rétrogradée dans la hiérarchie des normes.

Un arrêté royal peut seulement apporter des précisions aux dispositions légales, dans le respect des articles 105 et 108 de la Constitution.

L'ensemble du projet, et spécialement le Chapitre premier, sera revu fondamentalement afin de tenir compte de cette observation.

Observations particulières

Préambule

Il y a lieu de compléter le proposant par les mots : "et de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil".

Dispositif

Article 12

Cet article mentionne les "comptes de gestion" et renvoie aux règles déterminées par le Roi en exécution de l'article 413 du Code civil ¹.

Or, l'article 19 du Titre XIII, Chapitre 6, de la loi-programme précitée ne mentionne que des "rapports sur la situation patrimoniale du mineur", qui doivent être adressés au moins deux fois par an au juge de paix et le "rapport définitif de la tutelle", mais non des "comptes de gestion".

Il convient, dès lors, de préciser que les rapports sur la situation patrimoniale du mineur et, éventuellement, le rapport définitif de tutelle, doivent être établis conformément aux règles déterminées par le Roi en exécution de l'article 413 du Code civil.

Article 13

L'alinéa 2 dispose que le tuteur ne peut recevoir de directives relatives à la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés de la Direction générale de l'Office des Etrangers, du Commissariat général aux Réfugiés et aux Apatrides, et de la Commission permanente de recours des Réfugiés. L'alinéa précise cependant "sans préjudice de l'article 3, alinéa 3".

⁽¹⁾ Les comptes de gestions annuels sont prévus à l'article 413 du Code civil en ce qui concerne la tutelle de droit commun. L'alinéa 2 de cet article dispose que "Le Roi détermine la forme et le contenu des comptes de gestion".

Comme l'a admis le fonctionnaire délégué, il y a lieu d'écrire : "sans préjudice de l'article 3, alinéa 4".

Article 14

Il n'appartient pas au Roi mais au législateur de régler l'obligation du tuteur au secret professionnel.

Article 15

Il n'appartient pas au Roi de fixer une règle relative à la déontologie du Barreau. Par conséquent, l'article 15, alinéa 2, doit être omis.

Article 16

Cette disposition est inutile. En effet, elle ne fait que répéter une obligation - celle de respecter l'indépendance des tuteurs - qui découle de l'article 3, § 3, dernière phrase, de la loi-programme du 22 décembre 2002 précitée.

Article 17

1. L'article 3, § 3, du Titre XIII, Chapitre 6, de la loi-programme du 24 décembre 2002 précitée dispose que le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des ministres :

"... les critères minimum d'agrément auxquels doivent répondre les tuteurs. Ces critères définissent les conditions en matière de formation spécifique et de compétence concernant l'encadrement des mineurs."

Cette disposition n'habilite pas le Roi à fixer une condition relative à l'âge requis pour être agréé comme tuteur.

2. De façon critiquable, l'article 17 mélange les conditions d'agrément avec la question distincte des pièces à joindre à la demande.

Si l'impétrant doit joindre à sa demande un certificat de bonne conduite, vie et moeurs, c'est qu'une des conditions pour être agréé comme tuteur est d'être de bonne conduite, vie et moeurs ou, à tout le moins, de ne pas avoir encouru certaines condamnations. Il convient, dès lors, de le prévoir expressément.

De même, si l'impétrant doit joindre toutes pièces utiles attestant de sa formation et de sa compétence pour s'occuper de l'encadrement des mineurs étrangers non accompagnés, c'est que l'auteur du projet entend faire de cette formation et de cette compétence des critères d'agrément. Il convient, dès lors, fût-ce en des termes généraux, de préciser davantage quelles sont les conditions de formation et de compétence exigées.

Article 22

1. En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, 2^{ème} tiret, 2^{ème} phrase, il est renvoyé à l'observation générale 1.

2. La motivation des actes administratifs étant déjà prévue par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, il est inutile de prévoir, au paragraphe 2, que la décision de refus d'agrément est motivée.

La même observation vaut pour la décision de retrait d'agrément réglée par l'article 25.

Article 23

Il convient de prévoir que le tuteur a la possibilité d'être entendu avant que soit prise la décision de mettre fin à son agrément.

Articles 24, 26 et 29

La loi-programme notamment en ses articles 5 à 8 du Chapitre 6 précité requiert que, dans tous les cas où un mineur se trouve dans les conditions de l'article 5, il soit pourvu, sans délai, à sa tutelle. Il n'y a pas lieu de distinguer les hypothèses dans lesquelles il y a matière à désignation d'office et celles dans lesquelles il y a matière à désignation ordinaire comme cela semble ressortir du texte. Le texte doit être revu à la lumière de cette observation.

Article 30

A l'alinéa 1^{er}, il n'y a pas lieu de mentionner l'article 26.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'Etat,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par M. Y. CHAUFFOUREAUX, référendaire adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

M.-L. WILLOT-THOMAS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 35.647/2/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 30 juni 2003 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 «Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen» van de programmawet van 24 december 2002", heeft op 22 juli 2003 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op grond van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling, alsmede de te vervullen voorafgaande vormvereisten, overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1. Uit artikel 3, § 2, 5° en 6°, en uit artikel 8, § 3, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de programmawet (I) van 24 december 2002 blijkt dat alleen erkende personen als voogd kunnen worden aangewezen.

Die regeling kan niet worden toegepast op rijksambtenaren. Ongeacht of dezen de rechtspositie hebben van ambtenaar dan wel arbeidscontractanten zijn, ze staan immers onder het hiërarchische gezag van de minister of diens gemachtigden, zodat zij niet kunnen worden erkend. Deze situatie is niet bestaanbaar met de juridische band die op hen toepassing vindt.

Alle bepalingen van het ontwerp waarin het in dienst nemen of erkennen aan de orde is van een voogd die de hoedanigheid bezit van rijksambtenaar, moeten bijgevolg vervallen.

2. Artikel 3, § 3, machtigt de Koning immers alleen tot het bepalen van "de juridische aard van de arbeidsverbintenis" tussen de erkende voogd en de dienst Voogdij, te weten, een overeenkomst sui generis waarbij de erkende voogd het vertegenwoordigen van niet-begeleide minderjarigen aanvaardt, overeenkomstig afdeling 5 van hoofdstuk 6 van de voormelde programmawet, en die bepaalde materiële aspecten van die voogdij regelt, onder meer de overname van bepaalde kosten.

.../...

Voorafgaande vormvereisten

De akkoordbevinding van de Minister van Begroting ontbreekt.

Die leemte moet worden aangevuld.

Rechtsgrond

Algemene opmerkingen

1. Een koninklijk besluit mag een wet niet parafraseren, noch wijzigen. Het ontwerp mag dus geen bepalingen bevatten die reeds zijn opgenomen in de voormelde programmawet van 24 december 2002, des te minder wanneer het ontwerp ze wijzigt, door bijvoorbeeld bepaalde passages weg te laten of andere toe te voegen.

Zo bijvoorbeeld zij erop gewezen dat bepaalde taken van de dienst Voogdij worden vermeld in het ontwerp en andere niet (inzonderheid die vermeld in artikel 3, § 2, 4°, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de voormelde programmawet van 24 december 2002) en dat artikel 3, eerste lid, van het ontwerp verzuimt "de overheden bevoegd voor asiel, toegang tot het grondgebied, verblijf en verwijdering" te vermelden en de overheden bevoegd voor plaatsing eraan toevoegt.

Zulke bepalingen dienen te vervallen, daar de steller van de tekst binnen zijn bevoegdheidssfeer moet blijven. Door -al dan niet getrouw- een hogere regeling weer te geven, treedt hij op alsof hij bevoegd was om de weergegeven hogere regeling vast te stellen - dus ook om ze te wijzigen-, waarbij die regeling dan als het ware verlaagd wordt in de hiërarchie van de normen.

Een koninklijk besluit mag alleen preciseringen aanbrengen in wetsbepalingen, met inachtneming van de artikelen 105 en 108 van de Grondwet.

Geheel het ontwerp en meer bepaald Hoofdstuk 1, moet grondig worden herzien om rekening te houden met deze opmerking.

.../...

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Het voordrachtformulier dient te worden aangevuld met de woorden : "en op het advies van Onze in Raad vergaderde Ministers".

Dispositief

Artikel 12

Dit artikel vermeldt de "rekeningen inzake het beheer" en verwijst naar de door de Koning ter uitvoering van artikel 413 van het Burgerlijk Wetboek vastgestelde regels ¹.

Artikel 19 van titel XIII, hoofdstuk 6, van de voormelde programmawet maakt alleen melding van "verslagen over de vermogenstoestand van de minderjarige", die ten minste tweemaal per jaar aan de vrederechter moeten worden toegezonden en van het "definitief verslag van de voogdij", doch niet van de "rekeningen inzake het beheer".

Bijgevolg dient te worden gepreciseerd dat de verslagen over de vermogenstoestand van de minderjarige en eventueel het definitieve verslag van de voogdij, moeten worden opgemaakt overeenkomstig de door de Koning ter uitvoering van artikel 413 van het Burgerlijk Wetboek vastgestelde regels.

⁽¹⁾ De jaarlijkse rekeningen inzake het beheer worden vermeld in artikel 413 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de gemeenrechtelijke voogdij. Het tweede lid van dat artikel luidt : "De Koning bepaalt de inhoud en de vorm van de rekeningen inzake het beheer".

Artikel 13

Het tweede lid bepaalt dat de voogd noch van het Directoraat-generaal Vreemdelingenzaken, noch van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen, noch van de Vaste Beroepscommissie voor Vluchtelingen richtlijnen mag krijgen betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen . In dat lid wordt evenwel gepreciseerd "onverminderd artikel 3, derde lid".

Men schrijve : "onverminderd artikel 3, vierde lid". De gemachtigde ambtenaar is het daarmee eens.

Artikel 14

Het staat niet aan de Koning, maar aan de wetgever voor te schrijven dat de voogd verplicht is het beroepsgeheim in acht te nemen.

Artikel 15

Het staat niet aan de Koning een regel vast te stellen betreffende de beroepsethiek van de balie. Artikel 15, tweede lid, moet bijgevolg vervallen.

Artikel 16

Deze bepaling is nutteloos. Zij is immers slechts de herhaling van een verplichting - die om de onafhankelijkheid van de voogden in acht te nemen - die voortvloeit uit artikel 3, § 3, laatste zin, van de voormelde programmawet van 24 december 2002.

Artikel 17

1. Artikel 3, § 3, van titel XIII, hoofdstuk 6, van de voormelde programma-wet van 24 december 2002 bepaalt dat de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad :

"... de minimumvoorwaarden stelt inzake erkenning die de voogden moeten vervullen. Die criteria bepalen de voorwaarden inzake specifieke opleiding en bevoegdheid voor de begeleiding van minderjarigen."

Deze bepaling machtigt de Koning niet om een leeftijdvereiste te bepalen om als voogd te kunnen worden erkend.

2. Artikel 17 verwacht de erkenningsvoorwaarden met de daarvan losstaande kwestie van de stukken die bij het verzoek moeten worden gevoegd. Dit is laakbaar.

Als de aanvrager bij zijn verzoek een getuigschrift van goed zedelijk gedrag moet voegen, betekent zulks dat een van de voorwaarden om als voogd te kunnen worden erkend erin bestaat van goed zedelijk gedrag te zijn of, op zijn minst, dat men bepaalde veroordelingen niet heeft opgelopen. Zulks dient bijgevolg uitdrukkelijk te worden vermeld.

Als de aanvrager bij zijn verzoek alle nuttige stukken moet voegen die getuigen van zijn opleiding en bekwaamheid om te zorgen voor de begeleiding van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, betekent zulks evenzo dat de steller van het ontwerp van die opleiding en die bekwaamheid erkenningscriteria wenst te maken. Bijgevolg dient, eventueel in algemene bewoordingen, nader te worden bepaald wat de vereisten zijn inzake opleiding en bekwaamheid.

Artikel 22

1. In verband met paragraaf 1, tweede streepje, tweede zin, wordt verwezen naar algemene opmerking 1.

2. Aangezien in de motivering van bestuurshandelingen reeds wordt voorzien bij de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, is het nutteloos in paragraaf 2 te bepalen dat de beslissing tot weigering van de erkenning met redenen wordt omkleed.

Dezelfde opmerking geldt voor de beslissing tot intrekking van de erkenning die in artikel 25 wordt geregeld.

Artikel 23

Er dient te worden bepaald dat de voogd kan worden gehoord alvorens de beslissing om een einde te maken aan zijn erkenning wordt genomen.

Artikelen 24,26 en 29

Bepaaldelijk in de artikelen 5 tot 8 van het voormelde hoofdstuk 6 van het voormelde de programmawet wordt gesteld dat in alle gevallen waarin een minderjarige voldoet aan de voorwaarden vermeld in artikel 5, onverwijld moet worden voorzien in zijn voogdij. Er is geen reden om een onderscheid te maken tussen de gevallen waarin er aanleiding is voor een ambtshalve dan wel voor een gewone aanwijzing, zoals de tekst erop lijkt te wijzen. De tekst moet worden herzien in het licht van deze opmerking.

Artikel 30

In het eerste lid dient geen melding te worden gemaakt van artikel 26.

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw	M.-L. WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de Heren	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	toegevoegdgriffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, adjunct-referendaris.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

M.-L. WILLOT-THOMAS