

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.516/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 5 février 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet de loi "ouvrant l'accès à la justice aux mineurs" (Doc. parl., Chambre, n° 51 0643/001 - session 2003/2004), a donné le 1^{er} mars 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de 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 limite son examen au fondement juridique 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.

I. En ce qui concerne la modification du Code d'instruction criminelle (article 2 en projet)

1. L'article 378, alinéa 6, du Code civil (tel que modifié par la loi du 13 février 2003) prévoit la désignation d'un tuteur ad hoc en cas d'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses père et mère, soit à la requête de tout intéressé, soit d'office.

Le projet de loi prévoit quant à lui la désignation d'un représentant ad hoc par le président du tribunal de première instance si le mineur n'est pas capable de se forger une opinion.

Le texte reste en défaut d'indiquer par qui et comment le président du tribunal peut être saisi d'une demande de désignation d'un représentant ad hoc.

Si le texte entend créer un pouvoir de saisine d'office dans le chef du juge, il doit l'exprimer expressément.

2. Formellement l'article 2 ne prévoit la désignation d'un représentant ad hoc que dans les cas des mineurs "qui ne sont pas capables de se forger une opinion". À peine de créer une discrimination injustifiée, ce texte ne peut être interprété comme excluant qu'en application de l'article 378, alinéa 3 du Code civil, un représentant ad hoc ("tuteur ad hoc") soit, le cas échéant, désigné dans l'hypothèse où cette désignation serait nécessaire à la protection d'un mineur capable de se forger une opinion.

II. En ce qui concerne les modifications du Code judiciaire (article 3 en projet)

1. Aux termes de l'article 1237*bis*, § 2, en projet, l'action du mineur est introduite "par simple requête". Le texte ajoute que le juge "ordonne la comparution personnelle des parties". Il semble donc que la requête en question soit une requête contradictoire soumise aux dispositions des articles 1034*bis* et suivants du Code judiciaire. Si l'intention du législateur était de ne pas soumettre cette requête aux prescriptions des dispositions légales précitées, il lui appartiendrait de préciser selon quelles formes la requête doit être introduite.

En prévoyant que l'action du mineur "est introduite par simple requête", le projet semble exclure que le mineur puisse agir par citation. Une citation paraît cependant nécessaire spécialement dans la procédure des référés. En cas d'absolue nécessité l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire prévoit que l'action devant le président peut être introduite par requête unilatérale ¹. Ici également, il paraît difficile d'exclure cette hypothèse.

Le texte devrait être revu en vue de préciser clairement selon quelle procédure l'action du mineur peut être introduite.

2. Le texte en projet n'indique pas quelles sont les conséquences d'une ordonnance du juge décidant de l'absence de capacité du mineur de moins de douze ans à se forger une opinion. De manière symétrique avec ce qui est prévu à l'article 3*ter*, en projet, du Code d'instruction criminelle, ne faudrait-il pas désigner un représentant ad hoc?

3. En ce qui concerne l'action introduite par un mineur, la doctrine et la jurisprudence considèrent actuellement que le défendeur dispose d'une exception dilatoire pour contraindre le demandeur à régulariser l'instance en faisant intervenir son représentant légal ². Cette exception qui n'est pas considérée comme étant d'ordre public, est cependant purement prétorienne et n'est pas consacrée par le Code judiciaire.

(1) Une telle requête unilatérale n'est pas compatible avec la comparution personnelle des parties.

(2) H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I^{er}, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1962; A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit de Liège, 2^e édition, 1987, n° 47, p. 54.

En vue d'assurer la sécurité juridique, le texte en projet pourrait utilement indiquer si cette exception dilatoire subsiste et dans l'affirmative, en préciser les conditions, notamment en ce qui concerne les procédures autres que les "procédures judiciaires ou administratives conservatoires" ou les "procédures relatives aux droits attachés à la personne".

4. Le projet de loi insère un article dans le Code judiciaire qui fait référence aux "procédures administratives ou judiciaires conservatoires".

Le Code judiciaire fixe les règles relatives à l'organisation des cours et tribunaux, à leur compétence et à la procédure qui doit être suivie devant eux. Il n'est pas, en règle, applicable aux procédures administratives.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas quelles sont les "procédures administratives" qui - indépendamment de toute procédure judiciaire - pourraient se concilier avec les obligations faites au "juge" par le paragraphe 2 de l'article 1237*bis*, en projet.

Tel qu'il est rédigé, le texte n'a pas vocation à s'appliquer au Conseil d'État.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	J. van COMPERNOLLE,	assesseurs de la section de législation,
	B. GLANSDORFF,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. M. JOASSART, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.516/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 5 februari 2004 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "betreffende het recht van minderjarigen op toegang tot de rechter" (Parl. St., Kamer, nr. 51 0643/001 - zitting 2003/2004), heeft op 1 maart 2004 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis 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 overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

I. Wat betreft de wijziging van het Wetboek van Strafvordering (ontworpen artikel 2)

1. Artikel 378, zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek (zoals gewijzigd bij de wet van 13 februari 2003) bepaalt dat in geval van belangentegenstelling tussen het kind en zijn ouders een voogd ad hoc aangewezen wordt, hetzij op verzoek van enige belanghebbende, hetzij ambtshalve.

Het wetsontwerp zijnerzijds voorziet in de aanwijzing, door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van een vertegenwoordiger ad hoc indien de minderjarige niet in staat is zijn mening te vormen.

In de tekst wordt niet aangegeven door wie en hoe bij de voorzitter van de rechtbank een vordering tot aanwijzing van een vertegenwoordiger ad hoc aanhangig kan worden gemaakt.

Indien de tekst ertoe strekt ten aanzien van de rechter een bevoegdheid tot ambtshalve aanhangigmaking in te voeren, moet zulks in de tekst uitdrukkelijk worden aangegeven.

2. Formeel beschouwd schrijft artikel 2 de aanwijzing van een vertegenwoordiger ad hoc uitsluitend voor in het geval van minderjarigen "die niet in staat zijn hun mening te vormen". Deze tekst mag niet aldus worden geïnterpreteerd dat het niet mogelijk is om met toepassing van artikel 378, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek een

.../...

vertegenwoordiger ad hoc ("een voogd ad hoc") in voorkomend geval aan te wijzen ingeval die aanwijzing noodzakelijk is voor de bescherming van een minderjarige die wel in staat is zijn mening te vormen, daar anders een ongerechtvaardigde discriminatie zou kunnen ontstaan.

II. Wat betreft de wijzigingen van het Gerechtelijk Wetboek (ontworpen artikel 3)

1. Naar luid van het ontworpen artikel 1237*bis*, § 2, wordt de vordering van de minderjarige ingesteld "bij een eenvoudig verzoekschrift". In de tekst wordt eraan toegevoegd dat de rechter "de persoonlijke verschijning van de partijen beveelt". Derhalve lijkt het verzoekschrift in kwestie een verzoekschrift op tegenspraak te zijn, waarop het bepaalde in de artikelen 1034*bis* en volgende van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is. Indien het de bedoeling van de wetgever zou zijn het bepaalde in de voornoemde wetsbepalingen geen toepassing te laten vinden op dat verzoekschrift, moet hij preciseren in welke vormen het verzoekschrift moet worden ingediend.

Door te bepalen dat de vordering van de minderjarige "bij een eenvoudig verzoekschrift wordt ingeleid", lijkt het ontwerp uit te sluiten dat de minderjarige bij dagvaarding in rechte kan optreden. Een dagvaarding lijkt evenwel noodzakelijk, inzonderheid in de procedure in kortgeding. Artikel 584, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat in geval van volstreekte noodzakelijkheid de vordering bij de voorzitter kan worden ingesteld bij een eenzijdig verzoekschrift ¹. Ook hier lijkt het moeilijk die mogelijkheid uit te sluiten.

De tekst moet worden herzien, waarbij duidelijk wordt gepreciseerd volgens welke procedure de vordering van de minderjarige kan worden ingesteld.

⁽¹⁾ Een zodanig eenzijdig verzoekschrift is niet bestaanbaar met de persoonlijke verschijning van de partijen.

2. De ontworpen tekst geeft niet aan wat de gevolgen zijn van een beschikking van de rechter waarbij wordt besloten tot de onbekwaamheid van de minderjarige jonger dan twaalf jaar om zijn mening te vormen. Zou het, naar het voorbeeld van het bepaalde in het ontworpen artikel 3ter van het Wetboek van Strafvordering, niet verkieslijk zijn te voorzien in de aanwijzing van een vertegenwoordiger ad hoc ?

3. Wat betreft de vordering ingesteld door een minderjarige, beschouwen rechtsleer en jurisprudentie thans dat de verwerende partij over een dilatoire exceptie beschikt om de verzoekende partij te dwingen de procedure te regulariseren door haar wettelijke vertegenwoordiger in te schakelen ². Die exceptie, die niet wordt beschouwd als zijnde van openbare orde, is echter zuiver jurisprudentieel en is niet verankerd in het Gerechtelijk Wetboek.

Met het oog op de rechtszekerheid zou het dienstig zijn dat de ontworpen tekst aangeeft of die dilatoire exceptie nog steeds gelding heeft, en zo ja, dat de voorwaarden ervan worden gepreciseerd, inzonderheid wat betreft de andere procedures dan "de gerechtelijke of administratieve bewarende procedures" of de "procedures met betrekking tot de aan de persoon verbonden rechten".

4. Het wetsontwerp voegt in het Gerechtelijk Wetboek een artikel in waarin wordt verwezen naar "de gerechtelijke of administratieve bewarende procedures".

Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt de regels inzake de organisatie van de hoven en rechtbanken, inzake hun bevoegdheidssfeer en de procedure die aldaar moet worden gevolgd. Het Gerechtelijk Wetboek is in de regel niet toepasselijk op administratieve procedures.

⁽²⁾ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel I, 3e uitgave, Brussel, Bruylant, 1962; A. Fettweis, *Manuel de procédure civile*, Luik, Faculté de droit de Liège, 2e uitgave, 1987, nr. 47, blz. 54.

De Raad van State ziet niet in welke "administratieve procedures" los van iedere gerechtelijke procedure bestaanbaar zouden kunnen zijn met de verplichtingen die het ontworpen artikel 1237*bis*, § 2, oplegt aan de "rechter".

De tekst is in zijn huidige lezing niet toepasselijk op de Raad van State.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
Mevrouw	J. JAUMOTTE, M. BAGUET,	staatsraden,
de Heren	J. van COMPERNOLLE, B. GLANSDORFF,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. JOASSART, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS