

17.334/9
01-7-1987
Trésorier Général
Amateur

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Président de la Chambre des Représentants, le 10 juin 1986, d'une demande d'avis sur une proposition de loi "assouplissant les conditions et simplifiant la procédure du divorce par consentement mutuel", a donné le 24 juin 1987 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, op 10 juni 1986 door de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers verzocht hem van advies te dienen over een voorstel van wet "tot versoepeling van de voorwaarden en tot vereenvoudiging van de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming", heeft op 24 juni 1987 het volgend advies gegeven :

A. OBSERVATION PRELIMINAIRE.

La proposition modifie considérablement la procédure de divorce par consentement mutuel : sur les 18 articles que le Code judiciaire y consacre, 4 devraient être abrogés (articles 1291, 1292, 1293 et 1299), 6 remplacés (articles 1289, 1290, 1294, 1295, 1296 et 1301) et 5 modifiés (articles 1287, 1288, 1300, 1303 et 1304). La proposition tend, en outre, à abroger les articles 275 et 276 du Code civil.

La plupart de ces modifications ne soulèvent qu'un problème d'opportunité sur lequel il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer.

C'est au législateur qu'il revient de dire s'il convient ou non de faciliter le divorce par consentement mutuel, comme le souhaite l'auteur de la proposition.

B. OBSERVATIONS GENERALES.

Les observations générales formulées ci-après sont, pour la plupart, centrées sur la constatation que l'auteur de la proposition, après avoir souligné les mérites du divorce par consentement mutuel par rapport à toute autre forme de divorce - en ce qu'il relève essentiellement de l'autonomie des volontés des époux -, dénature finalement ce caractère consensuel fondamental en créant une institution juridique souvent hybride.

.../...

1° La proposition relève, à juste titre, en ce qui concerne la convention préalable prévue par l'article 1288 du Code judiciaire, que l'"on peut se demander par ailleurs combien d'époux pourraient accepter une procédure qui leur ôterait toute emprise sur la manière dont les effets précités seraient réglés ..." (développements, page 2, alinéa 5).

Or, cette considération peut incontestablement être développée, avec la même force et la même pertinence, en ce qui concerne le règlement transactionnel de l'article 1287 du Code judiciaire.

Cependant, l'auteur de la proposition prévoit la possibilité d'introduire la procédure sans que les époux n'aient conclu aucune convention préalable sur le partage du patrimoine, s'en remettant, en tout ou en partie, à la décision du juge en pareil cas (article 5).

2° Après avoir souligné la nécessité de conserver à la convention de l'article 1288 du Code judiciaire un caractère consensuel prépondérant (cfr. développements de la proposition, page 2), la proposition rend paradoxalement applicables de plein droit à la pension convenue entre époux les dispositions des paragraphes 2 à 6 de l'article 301 du Code civil, ce qui, du même coup, ôte à la pension son caractère purement contractuel.

Or, celui-ci a été affirmé (Cass. 4 novembre 1976, Pas. 1977, I, 262) et réaffirmé récemment (Cass. 5 juin 1986, R.W. 1986-1987, col. 1478, obs. W.P.) par la Cour de cassation.

.../...

3° La proposition est particulièrement lacunaire quant à la nature exacte de la procédure et aux pouvoirs donnés au juge par l'article 1290, alinéa 3, en projet.

Il semble bien qu'il s'agisse ici d'une procédure apparentée à la fois à celle du référé de l'article 1280 du Code judiciaire et aux pouvoirs que le juge de paix tient de la loi du 14 juillet 1976 (cfr. la référence finale aux articles 1253 sexies et suivants du Code judiciaire).

Le Conseil d'Etat rappelle ici les critiques qu'il avait déjà émises en son avis L. 16.585 du 8 mai 1985 relatif au "projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives au divorce par consentement mutuel" (Sénat, doc. 951, session 1984-1985, n° 1).

Les considérations développées dans cet avis peuvent être appliquées par analogie à la présente proposition, notamment celles-ci :

- Les voies de recours pourront-elles s'exercer selon le droit commun et ne risquent-elles pas de prolonger la procédure au-delà du terme de la procédure au fond ?
- La requête introduite par l'un des époux ne doit-elle pas inclure l'indication non seulement des points litigieux mais aussi des positions respectives des parties de manière à nouer le débat judiciaire et à fixer les limites dans lesquelles le juge devra statuer ?

.../...

4° L'auteur de la proposition justifie comme suit l'obligation de comparaître en personne (développements, p. 5, alinéa 2) : "Il n'est, en effet, pas improbable qu'une des parties sollicite dans ce cas une mesure provisoire en vue de faire dresser l'inventaire des biens ou d'assurer la conservation de ceux-ci. La comparution en personne est donc souhaitable, afin que le président ait la possibilité de prendre cette mesure sur-le-champ".

Les alinéas 3, 4 et 5 de l'article 1290 en projet attribuent expressément au président du tribunal le pouvoir de prendre des mesures de ce genre.

Comme ces textes ne prévoient pas que les parties qui demandent l'une ou l'autre de ces mesures doivent le faire par citation ou par requête écrite, il faudrait en conclure que le président pourrait prendre ces mesures sur simple demande verbale formulée par un des époux, lors de la première comparution, sans que l'autre époux en ait été préalablement informé et sans qu'il ait la possibilité de se faire assister par un conseil s'il désire s'opposer à pareille demande.

Si cette interprétation était exacte, la proposition compromettrait dangereusement le caractère contradictoire fondamental de toute procédure tendant au règlement d'une mesure judiciaire, fût-elle provisoire.

5° Paradoxalement encore, la proposition prévoit (article 3) que l'inventaire préalable devenu facultatif peut être établi sous seing privé, mais il impose par contre que le règlement des droits respectifs prévu par l'article 1287 du Code judiciaire soit reçu en la forme notariée.

Alors qu'actuellement, l'inventaire est, suivant le droit commun des articles 1175 et suivants du Code judiciaire, un acte notarié par nature, le règlement transactionnel n'implique l'intervention d'un notaire que s'il est destiné à réaliser une mutation immobilière entre époux.

6° La proposition donne encore au président du tribunal le pouvoir de rendre un véritable jugement au terme de la procédure (article 1296, alinéa 2, en projet) mais, à nouveau, dans des conditions qui ne donnent pas de garanties suffisantes au justiciable.

Cette disposition, comme aussi l'article 1290, alinéas 3, 4 et 5, en projet, devrait être fondamentalement revue.

7° La proposition devrait l'être aussi en tant qu'elle supprime toute intervention du ministère public.

Certes, c'est au législateur qu'il appartiendra de dire si cette intervention est nécessaire.

Cependant, il faut relever que :

- les dispositions du Code judiciaire qui imposent la communication au ministère public des demandes en divorce par consentement mutuel ne sont qu'une application particulière d'un principe général selon lequel le ministère public est appelé, sinon à intervenir comme partie, à tout le moins à donner un avis dans toutes les causes qui touchent à l'état des personnes,

.../...

- de surcroît et particulièrement dans la mesure où il s'agit d'assurer la protection adéquate de l'intérêt des enfants, la tendance actuelle, "de lege ferenda", est assurément d'accroître l'intervention du ministère public dans la procédure de divorce par consentement mutuel plutôt que de la réduire (cfr. le projet de loi précité n° 951 de 1984-1985; cfr. aussi l'opinion autorisée du procureur du Roi Poelman dans son étude parue dans le journal des tribunaux de 1982, p. 369).

8° Tandis que l'article 1301 actuel organise la procédure devant la Cour d'appel lorsque le tribunal de première instance a déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce, l'article 1301 en projet ne précise plus si la Cour d'appel siégera en audience publique ou en la chambre du conseil ni dans quel délai il sera statué définitivement sur l'appel. Ces précisions sont importantes pour le justiciable. Au surplus, l'expression "instruit l'appel" est totalement équivoque (cfr. le texte actuel : "il est statué définitivement").

+

+

+

En conclusion, le Conseil d'Etat, section de législation, estime que la proposition doit être fondamentalement repensée.

A. VOORAFGAANDE OPMERKING.

Het voorstel wijzigt in aanzienlijke mate de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming : van de 18 artikelen welke het Gerechtelijk Wetboek daaraan wijdt, zouden er 4 opgeheven (de artikelen 1291, 1292, 1293 en 1299), 6 vervangen (de artikelen 1289, 1290, 1294, 1295, 1296 en 1301) en 5 gewijzigd (de artikelen 1287, 1288, 1300, 1303 en 1304) worden. Het voorstel strekt bovendien tot opheffing van de artikelen 275 en 276 van het Burgerlijk Wetboek.

De meeste van die wijzigingen doen alleen maar een probleem van opportuniteit rijzen waarover de Raad van State zich niet heeft uit te spreken.

Het is zaak van de wetgever te zeggen of de echtscheiding door onderlinge toestemming al dan niet behoort te worden vergemakkelijkt, zoals de indiener van het voorstel dat wenst.

B. ALGEMENE OPMERKINGEN.

De hierna gemaakte algemene opmerkingen zijn grotendeels toegespitst op de vaststelling dat de indiener van het voorstel, na eerst te hebben gewezen op de verdiensten van de echtscheiding door onderlinge toestemming ten opzichte van elke andere vorm van echtscheiding - doordat zij hoofdzakelijk afhangt van de wilsautonomie van de echtgenoten - dit in wezen consensuele kenmerk uiteindelijk gaat vervormen door het tot stand brengen van een rechtsinstituut dat in menig opzicht hybridisch is.

.../...

1° Wat de door artikel 1288 van het Gerechtelijk Wetboek voorgeschreven voorafgaande overeenkomst betreft, wijst het voorstel er terecht op dat "men zich ook (kan) afvragen hoeveel echtgenoten gebruik zullen willen maken van een procedure, waarbij ze elke greep verliezen op de wijze waarop de genoemde gevolgen zullen worden geregeld ..." (toelichting, bladzijde 2, vijfde lid).

Dat kan ontegensprekelijk met evenveel stelligheid en met dezelfde relevantie worden gezegd van het vergelijk dat bedoeld is in artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek.

De indiener van het voorstel voorziet evenwel in de mogelijkheid om de procedure in te leiden zonder dat de echtgenoten enige voorafgaande overeenkomst hebben gesloten met betrekking tot de verdeling van het vermogen; zij verlaten zich in dat geval geheel of gedeeltelijk op de beslissing van de rechter (artikel 5).

2° Nadat het voorstel de noodzaak heeft beklemtoond om de overeenkomst van artikel 1288 van het Gerechtelijk Wetboek haar overwegend consensueel karakter te laten behouden (zie toelichting bij het voorstel, bladzijde 2), verklaart het, vreemd genoeg, de bepalingen van de paragrafen 2 tot 6 van artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek van rechtswege toepasselijk op de tussen de echtgenoten overeengekomen uitkering, waardoor deze meteen haar zuiver contractueel karakter verliest.

Dat zuiver contractueel karakter is nochtans bevestigd (Cass. 4 november 1976, Arr. Cass., 1977, 263) en kort geleden opnieuw bevestigd (Cass. 5 juni 1986, R.W. 1986-1987, 1478, noot W.P.) door het Hof van Cassatie.

.../...

3° Het voorstel bevat bijzonder veel leemten wat betreft de juiste aard van de rechtspleging en de bevoegdheden welke het ontworpen artikel 1290, derde lid, aan de rechter verleent.

Blijkbaar gaat het hier om een procedure die tegelijk verwant is met die van het kort geding in artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek en met de bevoegdheden welke de vrederechter ontleent aan de wet van 14 juli 1976 (zie de slotverwijzing naar de artikelen 1253sexies en volgende van het Gerechtelijk Wetboek).

De Raad van State brengt hier de kritiek in herinnering die hij reeds heeft uitgebracht in zijn advies L. 16.585 van 8 mei 1985 betreffende het "ontwerp van wet tot wijziging van verscheidene wettelijke bepalingen betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming" (Senaat, Gedr. St. 951, zitting 1984-1985, nr. 1).

Van de in dat advies gemaakte bedenkingen kunnen inzonderheid de hierna volgende bij analogie voor het onderhavige voorstel gelden.

- Zullen de rechtsmiddelen aangewend kunnen worden volgens het gemene recht en is er dan geen gevaar dat de rechtspleging in het geding langer gaat duren dan de rechtspleging ten gronde ?
- Moet het niet zo zijn dat het door de ene echtgenoot ingediende verzoekschrift niet alleen de betwiste punten maar ook de respectieve standpunten van de partijen aangeeft, om het gerechtelijk debat op gang te brengen en de grenzen vast te stellen waarbinnen de rechter uitspraak zal moeten doen ?

4° De verplichting om in persoon te verschijnen wordt door de indiener van het voorstel als volgt verantwoord (toelichting, blz. 5, tweede lid) : "Het is immers niet onwaarschijnlijk dat één van de partijen in dit geval een voorlopige maatregel vraagt om de goederen te inventariseren of om het behoud ervan te verzekeren. Daarom is de persoonlijke verschijning aangewezen, zodat de voorzitter in de mogelijkheid wordt gesteld om onmiddellijk deze maatregelen te nemen".

Het derde, het vierde en het vijfde lid van het ontworpen artikel 1290 dragen aan de voorzitter van de rechtbank uitdrukkelijk de bevoegdheid op om maatregelen van die aard te nemen.

Aangezien die teksten niet bepalen dat de partijen die een van die maatregelen vragen, dat moeten doen bij dagvaarding of bij verzoekschrift, zou men daaruit moeten concluderen dat de voorzitter die maatregelen zou kunnen nemen op eenvoudig mondeling verzoek vanwege een van de echtgenoten bij de eerste verschijning, zonder dat de andere echtgenoot daarvan vooraf in kennis gesteld is en zonder dat hij de mogelijkheid heeft om zich door een raadsman te laten bijstaan indien hij zich tegen zulk verzoek wenst te verzetten.

Is die uitlegging juist, dan zou het voorstel een ernstig gevaar betekenen voor het contradictoir karakter dat essentieel is voor elke rechtspleging die strekt tot het treffen van een rechterlijke maatregel, ook al is die maar voorlopig.

5° Paradoxaal is ook dat het voorstel bepaalt (artikel 3) dat de facultatief geworden voorafgaande boedelbeschrijving onderhands mag geschieden, maar dat het daarentegen voor de in artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde regeling van de wederzijdse rechten een notariële akte vereist.

Terwijl de boedelbeschrijving thans, volgens het gemene recht van de artikelen 1175 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, uiteraard een notariële akte is, impliceert het vergelijk de medewerking van een notaris alleen wanneer het dient om een onroerend goed over te dragen tussen echtgenoten.

6° Het voorstel verleent voorts aan de voorzitter van de rechtbank de bevoegdheid om aan het einde van de rechtspleging een echt vonnis uit te spreken (ontworpen artikel 1296, tweede lid), maar doet dat ook hier in omstandigheden die de rechtzoekende geen voldoende waarborgen bieden.

Evenals het ontworpen artikel 1290, derde, vierde en vijfde lid, zou ook deze bepaling grondig moeten worden herzien.

7° Het voorstel zou ook moeten worden herzien in zover het elk optreden van het openbaar ministerie laat wegvallen.

Het is vanzelfsprekend zaak van de wetgever te zeggen of dat optreden noodzakelijk is.

Er dient evenwel op gewezen te worden dat :

- de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die de mededeling aan het openbaar ministerie opleggen van de aanvragen tot echtscheiding door onderlinge toestemming, slechts een bijzondere toepassing zijn van een algemeen beginsel, volgens hetwelk het openbaar ministerie zoniet

.../...

moet optreden als partij, dan toch op zijn minst een advies moet geven in alle zaken die te maken hebben met de staat van personen;

- bovendien, en voornamelijk in zover het er op aankomt te zorgen voor de passende bescherming van het belang van de kinderen, is de huidige tendens, de lege ferenda, er ongetwijfeld op gericht het optreden van het openbaar ministerie in de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming veeleer te versterken dan af te zwakken (zie voornoemd wetsontwerp nr. 951 van 1984-1985; zie ook de gezaghebbende mening van Procureur des Konings POELMAN in zijn studie die verschenen is in "Journal des tribunaux" van 1982, blz. 369).

8° Terwijl het huidige artikel 1301 de rechtspleging voor het Hof van Beroep regelt wanneer de rechtbank van eerste aanleg beslist heeft dat er geen grond bestaat om de echtscheiding toe te staan, preciseert het ontworpen artikel 1301 niet meer of het Hof van Beroep zitting zal houden in openbare terechtzitting dan wel in raadkamer, noch binnen welke termijn de eindbeslissing over het beroep genomen zal worden. Die preciseringen zijn belangrijk voor de rechtzoekende. Bovendien is de uitdrukking "het hoger beroep wordt behandeld" geheel onduidelijk (zie de huidige tekst : "de eindbeslissing wordt genomen").

+

+ +

Concluderend is de Raad van State, afdeling wetgeving, van oordeel dat het voorstel grondig herzien moet worden.

La chambre était composée de

Messieurs : H. ROUSSEAU,
de Heren :

J.-J. STRYCKMANS,
P. FINCOEUR,

F. RIGAUX,

J. DE GAVRE,

Madame : R. DEROY,
Mevrouw :

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

R. DEROY.

De kamer was samengesteld uit

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

greffier,
griffier.

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. MERCENIER, eerste auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

H. ROUSSEAU.