

ROYAUME DE BELGIQUE.

-----

KONINKRIJK BELGIE.

-----

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

-----

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

-----

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des Représentants, le 28 août 1990, d'une demande d'avis sur une proposition de loi "relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale", a donné le 30 janvier 1991 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 28 augustus 1990 door de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers verzocht hem van advies te dienen over een voorstel van wet "betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag", heeft op 30 januari 1991 het volgend advies gegeven :

La plupart des dispositions du Code civil que la proposition entend remplacer sont récentes. Elles ont été insérées dans ce code par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation. C'est le cas des articles 373, 374, 376, 377 et 388.

L'auteur de la proposition de loi justifie celle-ci de la manière suivante :

"L'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation ou divorce est réclamé par un puissant courant d'opinion (notamment par le Mouvement belge pour l'égalité parentale) et proclamé par le Parlement européen dans sa résolution du 8 juillet 1986" (Journal officiel des Communautés européennes, C 227 du 8 septembre 1986) (1).

Pour traduire cette préoccupation, l'auteur du projet prévoit notamment une modification de l'article 373 du Code civil.

Le texte primitif de l'article 373 était rédigé comme suit :

---

(1) La résolution à laquelle l'auteur de la proposition se réfère est reproduite dans les pages 31 à 37 du Journal officiel n° 227 du 8 septembre 1986. Le passage de cette résolution qui concerne l'exercice de l'autorité parentale se trouve à la page 37, sous le numéro 17 : "Le Parlement européen ... en appelle aux juridictions des Etats membres pour que le bien de l'enfant soit mis au premier rang en matière surtout de garde des enfants sans privilégier l'un des deux parents, et que soient étudiés plus à fond les moyens d'assurer que la responsabilité commune des parents dans l'éducation de leurs enfants se poursuive même s'il y a rupture du lien conjugal, notamment en recourant de manière accrue à la possibilité de la garde conjointe".

"Le père seul exerce cette autorité durant le mariage".

La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse a remplacé cette disposition par la suivante :

"Art. 373. Durant le mariage, cette autorité est exercée conjointement par le père et la mère. En cas de dissentiment entre eux, la volonté du père prévaut; toutefois la mère a un droit de recours devant le tribunal de la jeunesse".

En sa séance du 25 mars 1971, la Chambre des Représentants a adopté un nouveau texte rédigé comme suit :

"Art. 373. Durant le mariage, et sauf les exceptions prévues par la loi, les père et mère exercent conjointement l'autorité sur la personne de leurs enfants mineurs. A défaut d'accord entre les père et mère, chacun d'eux peut porter le litige devant le tribunal de la jeunesse" (2).

Mais la Commission de la Justice du Sénat ne s'est pas ralliée à la solution adoptée par la Chambre; elle s'en explique comme suit dans son rapport du 10 mai 1973 (Doc. Sénat, session 1972-1973, nE 372; Pasinomie 1974, p. 628) :

---

(2) Ce vote fait suite à une proposition de loi déposée le 28 avril 1970 (Doc. Chambre, session 1969-1970, nE 662/1) et à un amendement déposé par le Gouvernement le 17 novembre 1970 (Document 662/2). Le texte adopté en séance publique le 25 mars 1971 est celui qui avait été adopté par la Commission de la Justice de la Chambre (Document 662/3, p. 5).

"1. Les père et mère vivent ensemble :

Si la décision des père et mère est conjointe, cette solution - retenue par le texte voté par la Chambre et qui est actuellement soumis à vos délibérations - renforce la sécurité des tiers mais elle est en opposition avec le principe même de l'égalité des père et mère et manque au surplus de souplesse.

Par contre, si l'un ou l'autre des parents peut prendre seul la décision, le principe de l'égalité est respecté mais, en ce cas, il y a le danger de voir se créer des actes contradictoires et de multiplier les recours de l'autre époux.

Dans cette dernière hypothèse, il est alors nécessaire de faire intervenir la notion du mandat tacite réciproque et de réserver à l'autre époux un droit de recours.

La Commission s'est ralliée à cette dernière thèse.

2. Père et mère séparés.

...

Il saute aux yeux que cette situation rend l'exercice d'une décision conjointe impossible ou, à tout le moins, malaisée.

..."

.../...

La Commission du Sénat a, ensuite, adopté le texte suivant (Document nE 372, p. 9) :

"Durant le mariage et sauf les exceptions prévues par la loi, le père ou la mère exerce l'autorité sur la personne des enfants mineurs, sauf le droit de l'autre époux de se pourvoir devant le tribunal de la jeunesse, uniquement dans l'intérêt de l'enfant.

En cas de séparation de fait, celui des époux qui a la garde matérielle de l'enfant mineur a seul le droit d'exercer l'autorité sur la personne de l'enfant mineur, sauf le droit de l'autre époux de se pourvoir devant le tribunal de la jeunesse, uniquement dans l'intérêt de l'enfant".

C'est ce texte qui a été adopté successivement par le Sénat en séance publique, par la Commission de la Chambre (session extraordinaire 1974, rapport 112/2) et par la Chambre en séance publique et qui a été inséré dans le Code civil par l'article 2 de la loi du 1er juillet 1974 modifiant les articles 221, 373 et 389 du Code civil et abrogeant l'article 374 du même code.

En 1987, le législateur a maintenu la solution adoptée en 1974. Il n'a modifié les textes de 1974 que pour étendre aux parents non mariés la solution appliquée aux parents mariés.

La proposition tend à revenir à une solution qui a été écartée en 1974 et en 1987.

.../...

Dans l'incertitude quant au choix qui sera fait à ce sujet, par le législateur, le Conseil d'Etat se limite à formuler les observations qui suivent.

1. La proposition de loi innove sur un point important : elle prévoit, dans l'article 372 proposé, que l'exercice de l'autorité parentale peut être soumis au contrôle des cours et tribunaux, non seulement à la demande du ministère public, mais également "de toute personne justifiant d'un lien de sang ou d'affection avec l'enfant".

L'exercice du droit d'action par toute personne justifiant d'un lien de sang peut paraître excessif. Les développements de la proposition donnent pour exemple la situation des grands parents. Il appartient au législateur de déterminer le degré de parenté dans les limites duquel ce droit d'action pourrait s'exercer.

A plus forte raison, l'attribution d'un droit d'action justifiant d'un lien d'affection avec l'enfant est tellement indéterminée qu'elle risquerait de susciter des litiges qui porteraient préjudice à l'enfant.

2. Autant on peut comprendre que le législateur encourage les père et mère, séparés ou divorcés, à exercer ensemble, de commun accord, l'autorité parentale, autant il

.../...

peut paraître illusoire d'attribuer au juge de décider qu'ils poursuivront cet exercice conjoint alors que, dans cette hypothèse, ils n'en sont pas convenus eux-mêmes.

-----

De meeste bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die het voorstel wil vervangen zijn van recente datum. Ze zijn in dit wetboek ingevoegd bij de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming. Dit is het geval met de artikelen 373, 374, 376, 377 en 388.

De indiener van het wetsvoorstel verantwoordt het als volgt :

"De gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na feitelijke scheiding of echtscheiding is een eis die bij de publieke opinie steeds meer bijval oogst (zie onder meer de actie van de Belgische beweging die strijdt voor gelijke rechten voor beide ouders) en die ook door het Europese Parlement wordt bijgetreden" (resolutie van 8 juli 1986 - Publikatieblad Europese Gemeenschappen, C 227 van 8 september 1986) (3).

Om aan dit streven tegemoet te komen, voorziet de steller van het ontwerp onder meer in een wijziging van artikel 373 van het Burgerlijk Wetboek.

---

(3)De resolutie waarnaar de indiener van het voorstel verwijst, staat te lezen op de bladzijden 31 tot 37 van het Publikatieblad nr. 227 van 8 september 1986. De passage uit die resolutie die betrekking heeft op de uitoefening van het ouderlijk gezag, bevindt zich op bladzijde 37, onder het nummer 17 : "Het Europese Parlement ... doet een beroep op de rechters in de lid-staten het welzijn van de kinderen voorop te plaatsen, vooral bij toewijzing van de kinderen, en daarbij geen der ouders te begunstigen; verzoekt hen voorts grondiger de mogelijkheden te bestuderen om beide ouders ook na de ontbinding van het huwelijk samen verantwoordelijk te doen blijven voor de opvoeding van de kinderen, met name door de ouders vaker gezamenlijk het voogdijschap te laten uitoefenen".

De oorspronkelijke tekst van artikel 373 luidde als volgt :

"De vader alleen oefent dit gezag uit gedurende het huwelijk".

Die bepaling werd bij de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming vervangen door de volgende :

"Art. 373. Gedurende het huwelijk wordt dit gezag door de ouders gezamenlijk uitgeoefend. Zijn zij het niet eens, dan is de wil van de vader doorslaggevend, maar de moeder heeft het recht zich tot de jeugdrechtbank te wenden".

Tijdens haar vergadering van 25 maart 1971 heeft de Kamer van Volksvertegenwoordigers een nieuwe tekst aangenomen die als volgt luidt :

"Art. 373. Gedurende het huwelijk en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, oefenen de ouders gezamenlijk het gezag uit over de persoon van hun minderjarige kinderen. Is er geen overeenstemming tussen de ouders, dan kan ieder van hen het geschil voor de jeugdrechtbank brengen" (4).

---

(4) Die stemming heeft plaatsgevonden naar aanleiding van een wetsvoorstel dat is ingediend op 28 april 1970 (Gedr. St. Kamer, zitting 1969-1970, nr. 662/1) en van een amendement dat door de Regering is ingediend op 17 november 1970 (Gedr. St. 662/2). De tekst die op 25 maart 1971 in openbare vergadering is aangenomen, is die welke was aangenomen door de Commissie van Justitie van de Kamer (Gedr. St. 662/3, blz. 5).

De Commissie van Justitie van de Senaat heeft echter niet ingestemd met de door de Kamer aangenomen oplossing; zij verantwoordt haar keuze als volgt in haar verslag van 10 mei 1973 (Gedr. St. Senaat, zitting 1972-1973, nr. 372) :

"1. De ouders leven samen :

Indien de ouders de beslissing gezamenlijk nemen - dat is de regel neergelegd in de tekst die de Kamer heeft aangenomen en die ter bespreking is voorgelegd - wordt de zekerheid van derden verhoogd, komt men in botsing met het beginsel van de gelijkheid van de ouders en ontbreekt bovendien de nodige soepelheid.

Indien, integendeel, een van de ouders de beslissing alleen neemt, wordt het beginsel van de gelijkheid geëerbiedigd, maar bestaat het gevaar dat tegenstrijdige daden worden verricht en dat de andere echtgenoot zich veelvuldiger tot de rechter zal wenden.

In het laatste geval moet het begrip wederzijdse stilzwijgende lastgeving worden gehanteerd en dient aan de andere echtgenoot het recht te worden toegekend om zich tot de rechtbank te wenden.

De Commissie heeft de laatstbedoelde oplossing gekozen.

2. De ouders zijn gescheiden :

...

Het hoeft geen betoog dat een gezamenlijke beslissing in die omstandigheden onmogelijk of op zijn minst uitermate moeilijk is.

...".

Vervolgens heeft de Commissie van de Senaat de volgende tekst aangenomen (Gedr. St. nr. 372, blz. 9) :

.../...

"Gedurende het huwelijk en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, oefent een van de echtgenoten het gezag uit over de persoon van de minderjarige kinderen, behoudens het recht van de andere echtgenoot zich tot de jeugdrechtbank te wenden, uitsluitend in het belang van het kind.

Bij feitelijke scheiding is alleen de echtgenoot die de materiële bewaring van het minderjarige kind heeft, gerechtigd het gezag over de persoon van het minderjarige kind uit te oefenen, behoudens het recht van de andere echtgenoot zich tot de jeugdrechtbank te wenden, uitsluitend in het belang van het kind".

Het is die tekst die is aangenomen door achtereenvolgens de Senaat in openbare vergadering, de Commissie van de Kamer (buitengewone zitting 1974, verslag 112/2) en de Kamer in openbare vergadering, en die is ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek bij artikel 2 van de wet van 1 juli 1974 tot wijziging van de artikelen 221, 373 en 389 van het Burgerlijk Wetboek en tot opheffing van artikel 374 van hetzelfde wetboek.

In 1987 heeft de wetgever de in 1974 gekozen oplossing behouden. Hij heeft de teksten van 1974 slechts gewijzigd om de voor de gehuwde ouders geldende oplossing uit te breiden tot de niet-gehuwde ouders.

Met het voorstel wil men teruggrijpen op een oplossing die in 1974 en 1987 niet is aangenomen.

Niet goed wetende welke keus de wetgever hieromtrent zal doen, bepaalt de Raad van State zich ertoe de volgende opmerkingen te formuleren.

.../...

1. Het wetsvoorstel brengt op een belangrijk punt vernieuwing. In het voorgestelde artikel 372 wordt bepaald dat de uitoefening van het ouderlijk gezag kan worden onderworpen aan de controle van hoven en rechtbanken, op vordering van niet alleen het openbaar ministerie, maar ook "van elkeen die zich op bloedverwantschap of een affectieve band met het kind kan beroepen".

Het lijkt overdreven dat ieder die zich kan beroepen op bloedverwantschap het vorderingsrecht kan uitoefenen. In de toelichting bij het voorstel wordt de situatie van de grootouders als voorbeeld gegeven. Door de wetgever behoort te worden bepaald tot welke graad van verwantschap dit vorderingsrecht zou kunnen worden uitgeoefend.

Des te meer nog is het toekennen van een vorderingsrecht wegens een affectieve band met het kind zodanig vaag geformuleerd dat hierdoor geschillen zouden kunnen ontstaan die het kind nadeel zouden berokkenen.

2. Men kan begrijpen dat de wetgever de gescheiden of uit de echt gescheiden vaders en moeders ertoe aanzet het ouderlijk gezag samen in ouderlinge overeenstemming uit te oefenen. Evenzeer kan het echter illusoir lijken dat aan de rechter wordt opgedragen te beslissen dat zij dit gezag gezamenlijk moeten uitoefenen terwijl zij het er, in dit geval, zelf niet over eens zijn geworden.

.../...

BL.

- 13 -

L. 20.210/2.

-----

.../...

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs : C.-L. CLOSSET,  
de Heren :

président de chambre,  
kamervoorzitter,

R. ANDERSEN,  
M. LEROY,

conseillers d'Etat,  
staatsraden,

F. RIGAUX,

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

F. DELPEREE,

Madame : J. GIELISSEN,  
Mevrouw :

greffier assumé,  
toegevoegd griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN.

Le rapport a été présenté par M. A. MERCENIER, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. B. DEROUAUX, référendaire.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. MERCENIER, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. B. DEROUAUX, referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

C.-L. CLOSSET.