

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 Ministre de la Justice, le 22 mai 1997, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant le Code civil et le Code judiciaire en ce qui concerne la déclaration d'abandon d'un enfant mineur et le transfert de l'autorité parentale", a donné le 20 octobre 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 22 mei 1997 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek wat betreft het verlaten verklaren van een minderjarige en de overdracht van het ouderlijk gezag", heeft op 20 oktober 1997 het volgende advies gegeven :

OBSERVATION GENERALE

Le projet entend procéder à une révision fondamentale de la loi du 20 mai 1987 qui a ajouté au livre premier du Code civil un titre VIIIbis consacré à l'abandon d'un enfant. Aussi commence-t-il par modifier l'intitulé de ce titre; il deviendrait : "Du transfert de l'autorité parentale sur un enfant mineur après constatation du désintérêt manifeste de ses père et mère à son égard"; il abroge ensuite la partie que la loi du 20 mai 1987 consacre aux enfants placés en institution ou en famille d'accueil (article 370bis) et, enfin, modifie sensiblement les textes consacrés aux enfants confiés à un membre de leur famille (article 370ter). L'effet de la loi ainsi révisée s'en trouve sensiblement transformé. Alors que son objectif initial a été d'"accélérer les procédures d'adoption aux profits des enfants abandonnés" (voir Pasinomie, 1987, notamment pp. 906 et 908), le projet le restreint à permettre au tribunal de la jeunesse de transférer à un autre membre de la famille l'autorité parentale exercée sur leur enfant mineur par ses père et mère (article 370ter, § 5, en projet).

Le nouvel intitulé que le projet prévoit de donner au titre VIIIbis du livre premier du Code civil suffit à attester que le transfert de l'autorité parentale reste néanmoins indissolublement lié à la constatation faite par le tribunal de la jeunesse que les père et mère se désintéressent manifestement de leur enfant. L'article 370ter, § 2, en projet, précise que ce désintérêt doit être avéré par la constatation du fait que, "volontairement, (les parents) n'ont pas entretenu avec (l'enfant) les relations

.../...

affectives nécessaires à son épanouissement, et qu'ils ont négligé gravement d'exercer leur autorité parentale".

Le projet reprend ainsi les propres termes qu'emploie la loi du 20 mai 1987 pour définir les éléments dont le tribunal doit vérifier la réalité pour pouvoir décider que les parents se désintéressent manifestement de leur enfant. Le projet ne modifie pas non plus de façon significative la procédure que le tribunal de la jeunesse doit suivre pour constater un "désintérêt manifeste" et transférer l'autorité parentale.

Mais, en revanche, le projet modifie du tout au tout la conséquence que cette décision produit sur une éventuelle procédure d'adoption de l'enfant mineur. Il abroge, en effet, le texte de l'article 370quater qui dispose actuellement que les parents auxquels l'autorité a été retirée ne sont plus appelés à consentir à l'adoption de leur enfant et que ce consentement est demandé à celui qui l'a recueilli et vit avec lui. Il laisse donc aux parents dépourvus d'autorité parentale sur l'enfant et qui, par hypothèse, vivent séparés de lui, le soin de consentir à son adoption. Le projet prévoit seulement que celui qui exerce effectivement l'autorité parentale donne à propos de l'adoption un simple avis, qui n'a ni plus ni moins de valeur que celui demandé, par exemple, aux grands-parents (article 2 du projet, article 350, § 3, du Code civil en projet).

Une telle modification de la loi du 20 mai 1987 conduit à une contradiction difficilement surmontable. Le consentement à l'adoption d'un enfant mineur, c'est-à-dire

.../...

le soin d'apprécier l'opportunité de celle-ci, peut-il être utilement confié à des parents dont une décision de justice a constaté qu'ils se désintéressent manifestement de leur enfant et négligent l'exercice de leur autorité parentale au point qu'il faille la remettre à une autre personne qu'eux ? N'est-il pas simplement logique de confier à la personne qui exerce cette autorité en vertu d'une sorte de mandat de justice le soin de consentir à l'adoption ? L'en priver pourrait même passer pour une incohérence qui apparaît surtout lorsque, comme le prévoit l'article 370ter, § 1er, en projet, la personne qui recueille l'enfant a été choisie parce que, lors de la procédure de transfert de l'autorité parentale, elle a déclaré vouloir l'adopter.

Certes, un éventuel refus des parents peut ne pas être décisif car l'article 353, § 1er, du Code civil permet au tribunal de passer outre au refus du père ou de la mère si celui-ci "s'est désintéressé de la personne de l'enfant". Il restera, toutefois, s'il faut en arriver là, que le système du projet aura, sur une question touchant de près à l'avenir de l'enfant, provoqué une confrontation judiciaire opposant les parents, d'une part, et, d'autre part, le membre de la famille qui a recueilli l'enfant et peut aussi être celui qui désire l'adopter. Du reste, il faut également se demander comment la situation juridique établie par le tribunal de la jeunesse en transférant l'autorité parentale pourrait encore être maintenue si l'adoption venait à n'être pas prononcée à cause du refus des parents. A un face à face dangereux entre ceux qui ont détenu l'autorité parentale sans l'exercer utilement et celui qui l'exerce de préférence aux premiers, s'ajoute une troublante contradiction entre, d'une part, la décision de transfert de

.../...

l'autorité parentale qui a, à la date à laquelle il est statué, concernant le désintérêt manifeste des parents a autorité de la chose jugée et, d'autre part, celle qui entérinerait le refus des parents de consentir à l'adoption en dépit du désir d'adopter manifesté par celui auquel l'enfant a été confié.

Il est permis de penser que l'incohérence du projet à cet égard trouve son explication dans le fait que ses auteurs, ou ceux qui les ont inspiré, redoutent d'attribuer à la constatation du désintérêt une conséquence trop grave. Sans doute, pensent-ils, en effet, que les décisions de transfert, ainsi que diverses enquêtes l'ont montré, ne vérifient pas toujours avec tout le soin et toutes les précautions qui seraient nécessaires la réalité des éléments qui trahissent le "désintérêt manifeste".

Si telle est bien la raison pour laquelle l'article 6 du projet abroge l'article 370quater actuellement en vigueur, il vaudrait sans doute mieux, plutôt que de laisser subsister dans le projet une évidente incohérence, que celui-ci précise et perfectionne les dispositions qui régissent actuellement la procédure pouvant aboutir à un transfert d'autorité parentale et les motifs de celui-ci. Une telle révision des règles en vigueur devrait avoir pour but d'arriver à ce qu'une décision ne constate la carence des parents que lorsque le tribunal est convaincu que ceux-ci se sont bien volontairement coupés de leur enfant et n'ont plus avec lui, en dépit de leur éloignement, une relation suffisamment étroite pour que l'on puisse encore penser qu'ils peuvent juger en connaissance de cause de l'opportunité d'une adoption.

.../...

On avancerait dans cette direction si le texte de l'article 370ter, § 2, en projet, précisait que le comportement des parents doit être examiné et apprécié en tenant compte notamment du fait que, dans la plupart des cas, ils ne vivent déjà plus avec leur enfant et que, par conséquent, les marques d'attachement et d'affection qu'ils peuvent lui donner ne sont fatalement plus celles dont ils pourraient faire preuve si, comme il est normal, ils cohabitaient avec leur enfant.

A cette précision apportée aux textes énonçant les motifs qui peuvent servir de soutien à un transfert d'autorité parentale, pourrait être jointe une modification de l'article 1237bis du Code judiciaire plus importante que celle à laquelle le projet s'est limité.

Destinée à renforcer le caractère contradictoire de la procédure, cette modification comporterait les éléments suivants : la requête introductive serait obligatoirement notifiée aux père et mère de l'enfant dès l'intentement de la procédure (et non plus, comme actuellement, au seul stade de l'audience finale devant le tribunal); l'avis des père et mère de l'enfant devrait obligatoirement être recueilli par le procureur du Roi et joint au dossier qu'il lui appartient de constituer (alors qu'actuellement cette audition est facultative); la convocation des père et mère devant le tribunal se ferait par citation (et non pas, comme actuellement, par un pli judiciaire dont la fiabilité est évidemment nettement moindre).

.../...

De telles modifications sont non seulement souhaitables mais paraissent nécessaires si l'on entend pleinement satisfaire au prescrit de l'article 9, § 2, de la Convention relatives aux droits de l'enfant, qui dispose que lorsqu'un enfant est séparé de ses parents, notamment par une décision judiciaire, "toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues".

EXAMEN DU PROJET

Article 1er

Cette disposition indique que le projet doit être soumis à la procédure bicamérale incomplète consacrée à l'article 78 de la Constitution. Cependant, dans la mesure où certaines dispositions en projet touchent aux compétences du tribunal de la jeunesse, il y a lieu de les soumettre à la procédure bicamérale complète prévue à l'article 77 de la Constitution.

Il en est particulièrement ainsi de l'article 370ter, §§ 1er, 4, 6 et 7, du Code civil en projet.

L'article 1er sera adapté en conséquence ainsi que l'arrêté de présentation.

Le texte néerlandais de l'arrêté de présentation devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

.../...

Article 2

Afin d'éviter une discordance entre le commentaire de cette disposition et le dispositif, il y a lieu de remplacer les mots "le cas échéant" par les mots "si l'hypothèse se vérifie".

Article 3

Le texte néerlandais de l'article devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 5

1. Le texte néerlandais du paragraphe 1er, in fine, devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

2. Pour les raisons précisées dans l'observation générale, il convient d'ajouter à l'article 370ter, § 2, un alinéa qui pourrait être rédigé comme suit :

"Lorsque, lors de l'introduction de la demande, les parents vivent déjà séparés de leur enfant, leur comportement doit être apprécié en tenant compte du fait même de cette séparation.".

.../...

En outre, le texte néerlandais du paragraphe 2, alinéa 1er, devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

3. Le texte néerlandais du paragraphe 3 devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

4. En vertu du paragraphe 4 de cette disposition, la demande de transfert de l'autorité parentale est portée devant le tribunal de la jeunesse du lieu de la résidence de l'enfant par le parent intéressé ou par le procureur du Roi.

En son état actuel, l'article 1237bis du Code judiciaire n'envisage que l'introduction de la demande par la personne directement intéressée; cette disposition doit être complétée pour tenir compte de l'intervention du procureur du Roi en qualité de partie demanderesse.

5. La compétence territoriale du tribunal de la jeunesse suscite des difficultés pour que celle-ci dépend,

.../...

suivant le projet, du lieu de la résidence de l'enfant (1) alors qu'en vertu de l'article 44 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, le tribunal compétent est celui de la résidence des parents. Le juge qui aura décidé du placement de l'enfant dans une institution qui n'est pas dans son ressort territorial, ne pourra connaître de la demande de transfert de l'autorité parentale qui sera portée devant le tribunal de la jeunesse du lieu de résidence de l'enfant.

La doctrine évoque également l'hypothèse où plusieurs enfants d'une même famille seraient placés dans des arrondissements différents et où plusieurs juges devront se prononcer sur le désintérêt manifeste des parents. Il se pourrait qu'ainsi des décisions contradictoires soient prononcées.

Le problème de la compétence territoriale doit être examiné, soit pour maintenir la compétence du tribunal du lieu de résidence des parents, soit pour aménager des règles particulières de connexité.

(1) X. Dijon, "La mise en oeuvre de la loi relative à l'abandon d'enfants mineurs", J.T., 1988, pp. 1 à 7; P. Rans, "Deux nouvelles procédures : la déclaration volontaire d'adoptabilité ou consentement en blanc - la déclaration d'abandon ou d'adoptabilité forcée et le recueil familial", conférence donnée lors de la journée d'étude de la formation du 29 janvier 1988 organisée par le comité de contact des organismes d'aide à la jeunesse, Bulletin du comité de contact, mai 1988, pp. 40 à 66; M. Th. Meulders-Klein, "La déclaration d'abandon et le recueil familial en droit belge", in "Adoption et formes alternatives d'accueil", Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 91; A. Vandekerkhoven, "La critique sur la déclaration d'abandon est-elle confirmée par les faits ?", J.D.J., 1995, pp. 205-206.

6. Le paragraphe 5 de cette disposition prévoit que le parent, investi de l'autorité parentale, doit rendre compte de sa gestion. Cependant, le texte est silencieux quant aux modalités de cette gestion et quant au contrôle à exercer sur elle. A défaut de modaliser le texte, force est de recourir aux dispositions des articles 1358 et suivants du Code judiciaire moyennant les adaptations nécessaires. La disposition en projet doit être complétée à cet égard.

Dans le texte néerlandais, il y a lieu d'écrire "genot van" au lieu de "genot op".

7. Le paragraphe 6 est également critiquable au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'au regard de l'article 9, § 2, de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, en ce qu'il dispense le tribunal de "vérifier à nouveau l'existence d'un désintérêt manifeste dans le chef des père et mère".

Or, l'article 9, § 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, prévoit que lorsqu'un enfant est séparé de ses parents, notamment par une décision judiciaire,

"toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues."

.../...

Le paragraphe 6 est également en contradiction avec l'article 1237bis, § 4, du Code judiciaire qui prévoit que, pour toutes les demandes formulées en application de l'article 370ter du Code civil, le tribunal ordonne la comparution personnelle des père et mère.

La même critique vaut pour le paragraphe 7 qui dispense également le juge de vérifier à nouveau le désintérêt manifeste des père et mère lorsque l'autorité parentale est transférée à un autre membre de la famille.

8. Il ressort du commentaire du paragraphe 7, "qu'en cas de décès ou d'interdiction du tuteur, les père et mère se retrouvent à nouveau investis de l'autorité parentale". Cette disposition n'est compatible ni avec le jugement qui a constaté le désintérêt des parents, ni avec l'économie générale de la loi.

9. La loi est également peu explicite sur les modalités du contrôle qui devrait peser sur le parent qui exerce l'autorité parentale. L'article 370ter, § 7, du Code civil en projet, prévoit que :

"sur la requête du procureur du Roi, l'autorité parentale peut être transférée vers un autre membre de la famille si le parent à qui est confié l'enfant décède, est interdit ou se trouve dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale.".

Le texte en projet ne précise pas comment ces faits seront portés à la connaissance du procureur du Roi.

.../...

10. A la phrase liminaire de l'article 5, il y a lieu d'écrire :

"L'article 370ter, inséré dans le même code par la loi du 20 mai 1987, est remplacé par la disposition suivante ...".

11. A l'article 370ter, § 2, alinéa 1er, en projet, l'on écrira, de préférence :

"... la demande de transfert de l'autorité parentale.".

L'observation vaut également pour l'article 370ter, § 4, en projet.

Article 7

Le texte néerlandais devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 8

1. L'article 8 du projet concerne diverses modifications de l'article 1237bis du Code judiciaire. Il est renvoyé, dès l'abord, aux observations générales.

.../...

2. De surcroît, la doctrine s'est interrogée sur la compatibilité du paragraphe 4 de cet article avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui dispose que l'enfant doit avoir la possibilité :

"d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.".

Or, l'article 1237bis, § 4, précité, ne prévoit la comparution personnelle de l'enfant que s'il est âgé de plus de quinze ans. Il y aurait lieu de se conformer davantage à l'article 931 du Code judiciaire.

Article 9

1. L'alinéa 1er est inutile dans la mesure où il ne fait que rappeler le principe de non-rétroactivité de la loi.

2. Le texte néerlandais de l'alinéa 2 devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

3. Le texte néerlandais de l'alinéa 3 devrait être rédigé ainsi qu'il est proposé dans la version néerlandaise du présent avis.

ALGEMENE OPMERKING

Het ontwerp beoogt een fundamentele herziening tot stand te brengen van de wet van 20 mei 1987, die in Boek I van het Burgerlijk Wetboek een titel VIIIbis heeft ingevoegd betreffende de verlating van een minderjarige. Het wijzigt dan ook eerst het opschrift van deze titel die zou luiden als volgt : "Overdracht van het ouderlijk gezag over een minderjarige na de vaststelling dat de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien"; het heft vervolgens het gedeelte van de wet van 20 mei 1987 op, dat gewijd is aan de kinderen die in een opvanginstelling of in een opvanggezin worden ondergebracht (artikel 370bis) en wijzigt ten slotte aanzienlijk de teksten betreffende de kinderen die zijn toevertrouwd aan een familielid (artikel 370ter). De strekking van de aldus herziene wet wordt hierdoor aanzienlijk gewijzigd. Terwijl de oorspronkelijke doelstelling ervan erin bestond de adoptieprocedures ten behoeve van de verlaten kinderen te versnellen (Gedr. St. Senaat, 80/2, 1985-1986), wordt deze doelstelling in het ontwerp beperkt om de jeugdrechtbank in staat te stellen het ouderlijk gezag dat wordt uitgeoefend over een minderjarig kind door zijn of haar vader en moeder, over te dragen aan een ander familielid (ontworpen artikel 370ter, § 5).

Het nieuwe opschrift dat volgens het ontwerp aan titel VIIIbis van boek I van het Burgerlijk Wetboek zou moeten worden gegeven, toont voldoende aan dat de overdracht van het ouderlijk gezag niettemin onlosmakelijk verbonden blijft met de bevinding van de jeugdrechtbank dat de vader en de moeder kennelijk niet naar hun kind omzien. Het ontworpen artikel 370ter, § 2, bepaalt dat het niet omzien naar het kind moet blijken uit de feitelijke constatering dat (de ouders) "vrijwillig" hebben nagelaten met dat kind
.../...

de affectieve relaties te onderhouden die noodzakelijk zijn voor zijn ontplooiing en op grove wijze zijn te kort geschoten in de uitoefening van het ouderlijk gezag".

Het ontwerp herhaalt aldus de bewoordingen die de wet van 20 mei 1987 gebruikt om de elementen te bepalen waarvan de rechtbank de echtheid moet nagaan om te kunnen beslissen dat de ouders kennelijk niet naar hun kind omzien. Het ontwerp wijzigt evenmin significant de procedure die de jeugdrechtbank moet volgen om vast te stellen dat "de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien" en het ouderlijk gezag over te dragen.

Het ontwerp wijzigt daarentegen volledig de weerslag van deze beslissing op een eventuele procedure van adoptie van een minderjarig kind. Het heft namelijk de tekst op van artikel 370^{quater}, dat thans bepaalt dat de ouders aan wie het ouderlijk gezag is onttrokken niet meer behoeven in te stemmen met de adoptie van hun kind en dat deze instemming wordt gevraagd aan degene die het kind heeft opgevangen en ermee leeft. Het laat het dus aan de ouders, aan wie het ouderlijk gezag over het kind is onttrokken en die per definitie van het kind gescheiden leven, over om in te stemmen met zijn adoptie. Het ontwerp bepaalt alleen dat degene die werkelijk het ouderlijk gezag uitoefent, over de adoptie gewoon een advies uitbrengt, dat niet meer of niet minder waarde heeft dan het advies dat bijvoorbeeld aan de grootouders wordt gevraagd (artikel 2 van het ontwerp, het ontworpen artikel 350, § 3, van het Burgerlijk Wetboek).

.../...

Zulk een wijziging van de wet van 20 mei 1987 leidt tot een tegenstrijdigheid die moeilijk kan worden weg-gewerkt. De vraag rijst of de instemming met de adoptie van een minderjarig kind, namelijk het beoordelen van de opportuniteit ervan, gevoeglijk kan worden toevertrouwd aan ouders van wie bij rechterlijke beslissing is vastgesteld dat zij kennelijk niet omzien naar hun kind en zodanig tekortschieten in de uitoefening van hun ouderlijk gezag dat dit aan iemand anders moet worden overgedragen. Is het gewoon niet logisch om het instemmen met de adoptie op te dragen aan de persoon die dat ouderlijk gezag uitoefent op grond van een soort rechterlijk bevel ? Dit onthouden aan deze persoon zou zelfs kunnen worden beschouwd als een gebrek aan samenhang dat vooral apert is wanneer, zoals is bepaald in het ontworpen artikel 370ter, § 1, de persoon die het kind opvangt is gekozen omdat die, tijdens de procedure van overdracht van het ouderlijk gezag heeft verklaard het te willen adopteren.

Een eventuele weigering van de ouders kan weliswaar niet beslissend zijn, want artikel 353, § 1, van het Burgerlijk Wetboek staat aan de rechtbank toe geen rekening te houden met de weigering van de vader of de moeder indien deze "zich niet om de (...) persoon heeft bekommerd". Het blijft evenwel een feit, als de zaken zover moeten komen dat het ontwerp zo is opgevat dat het, in een zaak die zeer nauw verband houdt met de toekomst van het kind, zal hebben geleid tot een rechtszaak tussen enerzijds de ouders, en anderzijds het familielid bij wie dat kind is ondergebracht en dat ook de persoon kan zijn die het wenst te adopteren. Overigens moet men zich eveneens afvragen hoe de juridische

.../...

toestand die de jeugdrechtbank doet ontstaan door het ouderlijk gezag over te dragen kan worden gehandhaafd, indien de adoptie niet wordt uitgesproken wegens de weigering van de ouders. Benevens een gevaarlijke confrontatie tussen degenen die het ouderlijk gezag hebben gehad zonder het naar behoren te hebben uitgeoefend en degene die het met voorrang op de eerstgenoemden uitoefent, ontstaat er een verwarrende contradictie tussen enerzijds de beslissing tot overdracht van het ouderlijk gezag die, op de dag waarop wordt beslist over het kennelijk niet omzien van de ouders naar het kind, gezag van gewijsde heeft, en anderzijds die waarbij de weigering van de ouders om met de adoptie in te stemmen zou worden bekrachtigd ondanks het verlangen om te adopteren dat te kennen wordt gegeven door degene aan wie het kind is toevertrouwd.

Er mag worden aangenomen dat het gebrek aan samenhang van het ontwerp in dat verband kan worden verklaard door het feit dat de stellers ervan, of degenen die hen hebben geïnspireerd, ervoor terugdeinzen een te ernstig gevolg te koppelen aan de bevinding dat er niet wordt omgezien naar het kind. Wellicht denken zij namelijk dat bij het nemen van de beslissingen tot overdracht van het ouderlijk gezag, zoals uit verschillende enquêtes is gebleken, niet altijd met de nodige zorgvuldigheid en omzichtigheid de echtheid wordt nagegaan van de elementen waaruit blijkt dat "de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien".

Als dat de reden is waarom artikel 6 van het ontwerp het huidige vigerende artikel 370quater opheft, zou het wellicht beter zijn, veeleer dan in het ontwerp een

.../...

duidelijk gebrek aan samenhang te laten bestaan, dat in het ontwerp de bepalingen worden verduidelijkt en verfijnd die thans de procedure regelen die kan leiden tot een overdracht van ouderlijk gezag, alsmede de motieven van deze overdracht. Zulk een herziening van de vigerende regels zou tot doel moeten hebben te bereiken dat een beslissing waarbij het ingebreke blijven van de ouders wordt vastgesteld, pas valt wanneer de rechtbank overtuigd is dat zij vrijwillig het contact met hun kind hebben verbroken en dat het niet zo is dat zij, ondanks de verwijdering tussen hen en hun kind, nog een relatie hebben die voldoende hecht is opdat kan worden aangenomen dat zij met kennis van zaken kunnen oordelen over de opportuniteit van adoptie.

In deze richting zou vooruitgang geboekt worden indien in de tekst van het ontworpen artikel 370ter, § 2, wordt gepreciseerd dat bij het onderzoek en de beoordeling van het gedrag van de ouders meer bepaald rekening moet worden gehouden met het feit dat zij, in de meeste gevallen, al niet meer met hun kind samenleven en dat de gehechtheid en genegenheid waarvan zij tegenover het kind blijf kunnen geven, bijgevolg onvermijdelijk niet meer dezelfde is als wanneer zij, wat normaal zou zijn, met hun kind samenwonen.

Behalve deze verduidelijking die kan worden aangebracht in de teksten waarin de motieven worden opgegeven welke kunnen dienen ter ondersteuning van een overdracht van ouderlijk gezag, zou in artikel 1237bis van het Gerechtelijk Wetboek een wijziging kunnen worden aangebracht die belangrijker is dan die waartoe het ontwerp zich heeft bepaald.

.../...

Deze wijziging zou de volgende elementen omvatten om het op tegenspraak verlopen van de procedure te versterken : van het inleidende verzoekschrift zou aan de vader en de moeder van het kind kennis moeten worden gegeven zodra een geding is aangespannen (en niet meer, zoals nu het geval is, eerst in het stadium van de uiteindelijke terechtzitting voor de rechtbank); het advies van de ouders van het kind zou moeten worden ingewonnen door de procureur des Konings en bij het dossier worden gevoegd dat hij heeft samen te stellen (terwijl dat horen thans facultatief is); de ouders zouden voor de rechtbank worden opgeroepen bij dagvaarding (en niet, zoals nu, bij gerechtsbrief, waarvan de betrouwbaarheid vanzelfsprekend duidelijk minder groot is).

Zulke wijzigingen zijn niet alleen wenselijk, maar lijken ook noodzakelijk om volledig te kunnen voldoen aan de bepalingen van artikel 9, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, dat bepaalt dat wanneer een kind wordt gescheiden van zijn ouders, inzonderheid ten gevolge van een rechterlijke beslissing, "(...) alle betrokken partijen de gelegenheid (dienen) te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen".

.../...

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Artikel 1

In deze bepaling wordt aangegeven dat voor de behandeling van het ontwerp de procedure van het onvolledige tweekamerstelsel moet worden gevolgd, bepaald in artikel 78 van de Grondwet. Doordat sommige ontworpen bepalingen betrekking hebben op de bevoegdheid van de jeugdrechtbank, moet daarvoor echter de procedure van het volledige tweekamerstelsel worden gevolgd, bepaald in artikel 77 van de Grondwet.

Dat is inzonderheid het geval met het ontworpen artikel 370ter, §§ 1, 4, 6 en 7, van het Burgerlijk Wetboek.

Zowel artikel 1 als het indieningsbesluit behoren dienovereenkomstig te worden aangepast.

Het indieningsbesluit zou als volgt gesteld moeten worden : "Onze Minister van ... is gelast in Onze naam bij de Wetgevende Kamers het ontwerp van wet in te dienen waarvan de tekst hierna volgt :".

Artikel 2

Om te voorkomen dat de tekst van dit artikel niet overeenstemt met de commentaar die op dat artikel wordt gegeven, dient men te schrijven :

.../...

"4º het familielid aan wie de geadopteerde met toepassing van artikel 370ter is toevertrouwd, als zulks het geval is."

Artikel 3

Het zou beter zijn te schrijven :

"Art. 3 Het opschrift van Titel VIIIBis van Boek I van hetzelfde Wetboek wordt vervangen als volgt :

"Overdracht van het ouderlijk gezag over een minderjarig kind nadat is vastgesteld dat de ouders kennelijk niet naar hun kind omzien".

Artikel 5

1. In paragraaf 1, in fine, schrijve men :

"... kan de jeugdrechtbank, indien ze zulks in het belang van het kind acht, het kind aan die verwant toevertrouwen voor de tijd die ze bepaalt".

2. Om de in de algemene opmerking uiteengezette redenen dient aan artikel 370ter, § 2, een lid te worden toegevoegd dat als volgt zou kunnen luiden :

.../...

"Wanneer de ouders bij het instellen van de vordering reeds van hun kind gescheiden leven, dient hun gedrag te worden beoordeeld met inachtneming van het feit zelf van die scheiding.".

Voorts dienen in paragraaf 2, eerste lid, de woorden "te kort geschoten" aan elkaar te worden geschreven.

3. In paragraaf 3 dient het woord "evenals" te worden vervangen door het woord "alsook".

4. Krachtens paragraaf 4 van die bepaling wordt de vordering tot overdracht van het ouderlijk gezag gebracht voor de jeugdrechtbank van de plaats waar het kind verblijft door de belanghebbende verwant of door de procureur des Konings.

Zoals artikel 1237bis van het Gerechtelijk Wetboek thans luidt, biedt het alleen aan de onmiddellijk geïnteresseerde persoon de mogelijkheid die vordering in te stellen; die bepaling moet worden aangevuld om het voor de procureur des Konings mogelijk te maken als eisende partij op te treden.

5. De territoriale bevoegdheid doet problemen rijzen voor de jeugdrechtbank, doordat in het ontwerp de bevoegdheid ervan bepaald wordt door de verblijfplaats van

.../...

het kind (1), terwijl krachtens artikel 44 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming de bevoegde rechtbank die is van de verblijfplaats van de ouders. De rechter die besloten heeft dat het kind in een niet tot zijn territoriale ressort horende instelling moet worden geplaatst, zal geen kennis kunnen nemen van de vordering tot overdracht van het ouderlijk gezag die zal worden gebracht voor de jeugdrechtbank van de plaats waar het kind verblijft.

In de rechtsleer is tevens sprake van het geval waarin verscheidene kinderen uit eenzelfde gezin in verschillende arrondissementen zijn geplaatst en waarin verscheidene rechters moeten oordelen of de ouders inderdaad kennelijk niet naar hun kinderen omzien. Aldus zouden tegenstrijdige beslissingen kunnen worden uitgesproken.

Het probleem van de territoriale bevoegdheid moet worden onderzocht om op basis daarvan hetzij de bevoegdheid van de rechtbank van de verblijfplaats van de ouders te

(1) X. Dijon, "La mise en oeuvre de la loi relative à l'abandon d'enfants mineurs", J.T., 1988, blz. 1 tot 7; P. Rans, "Deux nouvelles procédures : la déclaration volontaire d'adoptabilité ou consentement en blanc - la déclaration d'abandon ou d'adoptabilité forcée et le recueil familial", conférence donnée lors de la journée d'étude de la formation du 29 janvier 1988 organisée par le comité de contact des organismes d'aide à la jeunesse, Bulletin du comité de contact, mei 1988, blz. 40 tot 66; M. Th. Meulders-Klein, "La déclaration d'abandon et le recueil familial en droit belge", in "Adoption et formes alternatives d'accueil", Brussel, Story-Scientia, 1990, blz. 91; A. Vandekerckhoven, "La critique sur la déclaration d'abandon est-elle confirmée par les faits?", J.D.J., 1995, blz. 205-206.

behouden, hetzij bijzondere regels van verknochtheid vast te stellen.

6. Paragraaf 5 van deze bepaling schrijft voor dat de verwant die met de uitoefening van het ouderlijk gezag is belast van zijn beheer rekening en verantwoording moet doen. Aangezien de tekst geen nadere regels geeft, zijn de artikelen 1358 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek van overeenkomstige toepassing. De ontworpen bepaling dient in dat opzicht te worden aangevuld.

Bovendien dienen de woorden "genot op" te worden vervangen door de woorden "genot van".

7. Op paragraaf 6 kan eveneens kritiek worden uitgeoefend in het licht van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in het licht van artikel 9, lid 2, van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, goedgekeurd bij de wet van 25 november 1991, doordat daarin wordt gesteld dat de rechtbank niet opnieuw behoeft na te gaan "of de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien".

Artikel 9, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, schrijft echter voor dat als een kind inzonderheid bij een rechterlijke beslissing van zijn of haar ouders wordt gescheiden,

.../...

"alle betrokken partijen de gelegenheid (dienen) te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen."

Paragraaf 6 is tevens strijdig met artikel 1237bis, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, welk artikel bepaalt dat de rechtbank de ouders beveelt in persoon te verschijnen voor alle, met toepassing van artikel 370ter van het Burgerlijk Wetboek, ingestelde vorderingen.

Dezelfde kritiek geldt voor paragraaf 7, waarin de rechter er eveneens van wordt ontslagen om opnieuw na te gaan of de ouders kennelijk niet naar hun kind hebben omgezien wanneer het ouderlijk gezag aan een ander lid van de familie wordt overgedragen.

8. Uit de commentaar op paragraaf 7 blijkt dat wanneer de voogd overlijdt of onbekwaam wordt verklaard, de ouders het ouderlijk gezag weer uitoefenen. Dat voorschrift verdraagt zich niet met de uitspraak waarin is vastgesteld dat de ouders niet naar hun kind hebben omgezien, noch met de algemene economie van de wet.

9. In de wet staat tevens weinig over de wijze waarop de verwant die het ouderlijk gezag uitoefent, gecontroleerd zou worden. Het ontworpen artikel 370ter, § 7, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat :

"het ouderlijk gezag op vordering van de procureur des Konings aan een ander familielid kan worden overgedra-

.../...

gen wanneer de verwant aan wie het kind is toevertrouwd overlijdt, onbekwaam verklaard is of zich in de onmogelijkheid bevindt het ouderlijk gezag uit te oefenen."

In de ontworpen tekst wordt niet aangegeven hoe die feiten ter kennis van de procureur des Konings moeten worden gebracht.

10. De inleidende zin van artikel 5 behoort als volgt te worden geschreven :

"Artikel 370ter, in hetzelfde Wetboek ingevoegd bij de wet van 20 mei 1987, wordt vervangen als volgt :".

11. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 370ter, § 2, eerste lid, is het beter te schrijven :

"... la demande de transfert de l'autorité parentale."

Deze opmerking geldt tevens voor het ontworpen artikel 370ter, § 4.

.../...

Artikel 7

Het zou beter zijn te schrijven :

"Art. 7 Het opschrift van Hoofdstuk IXbis van Boek IV van Deel IV van het Gerechtelijk Wetboek wordt vervangen als volgt :

"Procedure om vast te stellen dat de ouders kennelijk niet omzien naar een minderjarig kind.".

Artikel 8

1. Artikel 8 van het ontwerp bevat verscheidene wijzigingen van artikel 1237bis van het Gerechtelijk Wetboek. In dit verband wordt van meet af aan verwezen naar de algemene opmerkingen.

2. Bovendien hebben de rechtsgeleerden zich afgevraagd of paragraaf 4 van dat artikel wel bestaanbaar is met artikel 12 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, welk artikel bepaalt dat het kind de gelegenheid moet krijgen

"te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.".

.../...

Het voormelde artikel 1237bis, § 4, schrijft echter alleen het in eigen persoon verschijnen van het kind voor als het kind ouder dan vijftien jaar is. De regeling dient beter met artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek in overeenstemming te worden gebracht.

Artikel 9

1. Het eerste lid is overbodig doordat het alleen herinnert aan het beginsel dat wetten niet terugwerken.

2. Het tweede lid dient als volgt te worden gesteld :

"Het vroegere recht blijft gelden voor de vorderingen tot verlatenverklaring of tot overdracht van het ouderlijk gezag ingediend voordat deze wet en de desbetreffende procedures in werking treden.".

3. Het zou beter zijn het derde lid als volgt te stellen :

"Het vroegere recht blijft toepasselijk op de gevolgen van verlatenverklaring of overdracht van het ouderlijk gezag die is uitgesproken bij een beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan voordat deze wet in werking treedt of een beslissing die genomen is na afloop van de procedure ingesteld voordat deze wet in werking treedt.".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,

J. van COMPERNOLLE,

assessoren van de
afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur
adjoint. La note du Bureau de
coordination a été rédigée et
exposée par M. A. LEFEBVRE,
référéndaire adjoint.

Het verslag werd uitge-
bracht door Mevr. P. VANDERNACHT,
adjunct-auditeur. De nota van
het Coördinatiebureau werd op-
gesteld en toegelicht door de
H. A. LEFEBVRE, adjunct-
referendaris.

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

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN

J.-J. STRYCKMANS